

عبد الرزاق السمرقاني

الزينة  
في تزيين القرآن الكريم  
المجلد الرابع

النفوس التي تقع على الدلائل

البسمة والمقايضة

المجلد الرابع

دار النشر العربية  
القاهرة











---

طبع بمطابع دار النشر للجامعات المصرية  
علاء الدين الشبلي وشركاه (ش. م. ا)  
١ شارع شريف باشا بالقاهرة



الْفَسِيْطُ  
فِي شَرْحِ الْقَانُوْنِ الْمَلَكِيِّ  
( ٤ )

العقود التي تقع على الملكية  
المجلد الأول

الْبَيْعُ  
والمقايضة

تأليف

عَمَّالُ الزَّوَالِ شَمْسُ

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية  
ودبلوماسي من معهد القانون الدولي بجامعة باريس



تمهيد

## العقود المسماة

وتسمياتها المختلفة

..

(١)

### العقود المسماة

١ - المقصود بالعقود المسماة : بعد أن فرغنا من عرض نظرية الالتزام بوجه عام في الأجزاء الثلاثة الأولى من الوسيط ، ننتقل في الأجزاء الثلاثة التالية إلى تطبيق أحكام هذه النظرية وقواعدها المجردة تعليقا مفصلا على عقود معينة بالذات أطلقت عليها أسماء معروفة . وقد غنى المشرع بهذه العقود نهاية كبيرة ، فخصص لها الكتاب الثاني من القسم الأول من التقنين المدني تحت عنوان « العقود المسماة » ، فأعقب هذا الكتاب الثاني الكتاب الأول الذي خصصه المشرع لنظرية الالتزام بوجه عام .

والمقصود بالعقود المسماة عقود كثيرة التداول في الحياة العملية ، حتى عرفت بأسمائها الخاصة ، وذلك نحو البيع والهبة والشركة والإيجار والمقاوله والوكالة ، وقد نظمها المشرع تنظيلا مفصلا لما لها من أهمية بالغة في ميادين التعامل والنشاط الاقتصادي .

وقد كان التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون الروماني يقوم على أساس آخر غير الأساس الذي يقوم عليه هذا التمييز في القانون الحديث .

## ٢ - التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون

**المروصاتي :** بدأت العقود في القانون الروماني تكون شكلية ، تحوطها أوضاع معينة . ولكن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت ، إذ دعت الحاجة إلى كثرة التبادل ووجوب السرعة في المعاملات . واقترن ذلك بتقديم في التفكير القانوني ، فظهر إلى جانب العقود الشكلية (١) العقود العينية ( القرض والعارية والرديعة والرهن ) ، والعقود الرضائية ( البيع والإيجار والشركة والوكالة ) ، والعقود غير المسماة . والعقود غير المسماة عقود اعترف بها القانون الروماني تدرجاً وبعد تطور طويل ، وهي عقود لا تتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر ، فإذا فعل تكون العقد ، ونشأ بموجب التزام في جانب الطرف الآخر بأن يقوم هو أيضاً بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الأول (٢) .

وكان الرومان يقسمون هذه العقود أقساماً أربعة : ( القسم الأول ) عقود يقوم فيها الطرف الأول بنقل حق عيني، فيتولد في جانب الطرف الآخر التزام بنقل حق عيني كذلك (do ut des) ، من ذلك عقد المايضة (premutatio) .

(١) والعقود الشكلية في القانون الروماني هي عقد الاستدانة (nexum) يتم بالسيكة والميزان ، والعقد الكتابي (litteris) ، والعقد القضي (verbis, stipulatio) .  
(٢) أنظر في منشأ هذه العقود جيران ص ٥٩٨ وما بعدها . ولم تكن هذه الاتفاقات في الأصل عقوداً ، فكان إذا قام أحد الطرفين بما اتفق عليه الآخر لم يحز له أن يطالبه بتنفيذ ما عليه ، إذ لم يوجد عقد ينشئ هذا الالتزام . ولم يكن أمام الطرف الأول إلا أن يلجأ إلى دعوى الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها ، فيسترد بها ما يكون قد أداه ولم يتوفّر مقابلته . ثم إن لابيون (Labéon) - الفقيه الروماني المعروف أدخل في التسانن دعوى اتفاقات يقوم فيها أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الآخر ، فيستطيع بموجب هذه الدعوى أن يطالب الطرف الآخر بتنفيذ ما اتفق عليه معه . فيكون له بذلك أن يطلب تنفيذ العقد ، ولا يقتصر حل استداده ما وفاه يدعى الإثراء بلا سبب . حل لأن تسمي هذه الدعوى في جميع الاتفاقات التي يقوم فيها أحد الطرفين بتنفيذ ما عليه لم يأت إلا متأخراً في عهد جستنيان ، كما ثبت ذلك من الأبحاث الأخيرة في القانون الروماني ( أنظر نظرية العقد للمؤلف ص ١٢٠ هامش رقم ٣ ) .

(والقسم الثاني) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بنقل حق عيني ، فيلتزم الطرف الآخر بالتقيام بعمل (do ut facias) ، مثل ذلك المبة بعوض (sub modo) .  
(والقسم الثالث) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل ، فيلتزم الطرف الآخر أن يقوم بعمل كذلك (facio ut facias) ، مثل ذلك أن يسلم شخص شيئاً لآخر فيلتزم الآخر برده عند أول طلب (convention de précaire) . (والقسم الرابع) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل ، فيلتزم الطرف الآخر بنقل حق عيني (facio ut des) ، مثل ذلك عقد المحاسبة (aestimatum) يسلم فيه التاجر بضاعة لآخر فيلتزم الآخر إذا باعها أن يرد الثمن المتفق عليه وإلا رد البضاعة إلى صاحبها . ومن هذا نرى أن عقد المحاسبة يكون نارة عملاً في مقابل نقل حق عيني (facio ut des) وطوراً عملاً في مقابل عمل (facio ut facias) ، وهو أول عقد طبق فيه الرومان دعوى العقود غير المسماة (præscriptio verbis) ، لما رأوه عقداً يدور بين البيع والعمل والوكالة (١) .

ونرى مما تقدم أن تسمية هذه العقود في القانون الروماني بالعقود غير المسماة تسمية غير دقيقة ، فإن أغلب هذه العقود كان معروفاً بالإسم . ولكنها دعيبت كذلك لأنها لا تدخل في نوع من أنواع العقود المسماة التي اعترف بها القانون الروماني : العقود الشكلية والعقود العينية والعقود الرضائية والعقود الشرعية والعقود البريطورية . ونرى أيضاً أن التمييز بين العقد المسمى والعقد غير المسمى كان ذا أهمية كبيرة في القانون الروماني ، لأن العقد غير المسمى — خلافاً للعقد المسمى — كان لا يتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر ، ولا يوجد العقد قبل ذلك . فهي عقود قريبة من العقود العينية التي لا تتم إلا بالتسليم (٢) .

### ٣ — التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون

المحميت : أما في القانون الحديث فلم يعد هناك فرق بين العقد المسمى والعقد غير المسمى ، فكلاهما يتم بمجرد تراضي المتعاقدين إلا في العقود الشكلية

(١) جيرار ص ٦٠٦ .

(٢) أنظر في كل ذلك نظرية العقد لمؤلف فقرة ١٢٢ .

وما بقي من العقود العينية . وإذا كان بعض العقود يطلق عليه اسم «العقود المسماة» ، فليس ذلك كما قدمنا إلا لأنها عقود نظمها المشرع تنظيماً خاصاً ، نظراً لكثرة تداولها في العمل إلى حد أن أصبحت قواعدها راسية مستقرة .

وسنرى ما هي العقود المسماة التي نظمها التقنين المدني الجديد . ونبادر هنا إلى القول بأن قائمة العقود المسماة تتطور من زمن إلى زمن بحسب ما يألوه الناس في التعامل . فالعقود المسماة في هذا العصر قد تزيد أو تنقص عن العقود المسماة في عصر سابق أو عصر لاحق ، إذ تظهر عقود جديدة وتختفي عقود قديمة . وتلمح هذا التطور عندما نلاحظ أن هناك عقوداً أخذ شأنها يتعاظم في مجالات العمل ، ولكنها لم تصل بعد إلى المرتبة التي تكفل لها التنظيم المفصل ، وتتفاوت التقنيات المختلفة فيما تناوله بالتنظيم من هذه العقود . فقد كان التقنين المدني السابق لا ينظم عقود المقامرة والرهان والإيراد المرتب والتأمين والتزام المرافق العامة ، وقا نظم هذا كله التقنين المدني الجديد (١) . ولم ينظم التقنين المدني الجديد عقود النشر (٢) والنزول في الفندق والنقل والأعمال العامة والتوريد ، مع أن هذه عقود تزايد أهميتها كل يوم ، وقد نظمت التقنيات الأجنبية بعض هذه العقود (٣) .

أما العقود غير المسماة - وهي التي يتولى المشرع تنظيمها - فانها تخضع في أحكامها لقواعد العامة في نظرية العقد ، شأنها في ذلك شأن العقود المسماة . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد (١٢٧م) يشتمل على نص في هذا المعنى يجرى على الوجه الآتي : « ١ - تسرى على العقود ، المسماة منها وغير المسماة ، القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل . ٢ - أما القواعد التي ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة في الفصول المقودة لها ، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لعدم الحاجة إليه (٤) .

(١) وأغفل في الوقت ذاته تنظيم عقد الناروقة الذي كان التقنين المدني السابق ينظمه ، بعد أن أثنى نظام الأراضي الخراجية وهو النظام الذي كان عقد الناروقة يقوم عليه .

(٢) وإن كان المشرع المصري قد تناول في القانون رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية المؤلفين بعض المسائل التي ينظمها عقد النشر .

(٣) مثل ذلك تقنين الالتزامات السويسري فقد نظم عقد النشر .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ .



ومثل العقود غير المسماة أن يتفق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثاً يستحقه ، وعلى أن يقوم بدفع المصروفات التي يستلزمها هذا العمل في نظير جزء من هذا الميراث يأخذه إذا وفق في عمله (١) . أو يتفق شخص مع آخر على أن يبيع الأول لحساب الثاني شيئاً على أن يعطى الأول للثاني بعد البيع مبلغاً معيناً ، وما زاد من الثمن على هذا المبلغ يحتفظ به لنفسه (٢) . وعقد الحاسبة الذي أشرنا إلى وجوده في القانون الروماني هو أيضاً عقد غير مسمى ، وكذلك العقد بين مدير المسرح والممثلين (٣) .

وتكليف العقد ، هل هو عقد من العقود المسماة أو هو عقد غير مسمى ، قد يكون في بعض الحالات مسألة دقيقة . ولا عبرة بالألفاظ التي يستعملها المتعاقدان إذا تبين أنهما اتفقا على عقد غير العقد الذي سمياه ، فقد يكونان عطفين في التكليف ، وقد يعتمدان أن يخفيا العقد الحقيقي تحت اسم العقد الظاهر

---

(١) ويرى هذا العقد في القانون الفرنسي بعقد الكشف عن الإرث (contrat de révélation de succession) : بودي وبارد ١ فقرة ٢٠ ص ١٩ .

(٢) دوما في القوانين المدنية القسم الأول الكتاب الأول الباب الأول الفصل الأول فقرة ٧ .

(٣) ديموج ٢ فقرة ٩١٧ - وقد نفتت محكمة النقض بأنه إذا كان العقد مشتقاً من التزامات متبادلة بين طرفيه ، إذ ألزم أحدهما أن يملك الآخر (مجلس مديرية المنيا) قطعة أرض بشرط أن يقيم عليها مؤسسة غيرية ، فإنه لا يكون عقد تبرع ، كما أنه ليس ببيع ولا معاوضة . وإنما هو عقد غير مسمى ، فلا يجب له الرسمية ، ولا يجوز الرجوع فيه . وذلك على الرغم مما هو وارد في الاتفاق من ألفاظ التنازل والهبة والتبرع ، فإن كل هذه الألفاظ إنما سبقت لبيان الباعث الذي حدا بصاحب الأرض إلى تحميل المجلس إياها ، فهي لا تؤثر بحال على كيان العقد وحقيقته (نقش مدني ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة محر ٣ رقم ٤٩ ص ١٥٣) .

وقد أورد الأستاذ والتون (جزء أول ص ٨٠ - ص ٨١) أسئلة على عقود غير مسماة منها :

(١) اتفقت إدارة مستشفى مع مدرسة طبية على أن يضع المستشفى تحت تصرف المدرسة عدداً من الأسرة تستخدم لأغراض التعليم الطبي ، ولم يحدد أجل لذلك . نفقت الحاكم الفرنسية بأن العقد ليس إيجاراً ولا بيعاً ولا عقداً مقرباً لحق ارتفاق ، وإنما هو عقد غير مسمى (دوية الاستثنائية ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٤ - ٢ - ١٧٣) . (٢) اتفق تاجر مع مصرف على أن يقدم المصرف لتاجر معلومات عن الحالة المالية لتاجر آخر ، فهذا عقد ليس بوكالة ، ولا هو إيجار عمل لأنه لم يتفق فيه على أجر ، فهو عقد غير مسمى (نظرية العقد المؤلف من ١٢٢ هامش رقم ٤) .

## كما في الوصية يخضعها للموصى تحت ستار البيع (١) .

(١) والتكليف يسقة تفسير إرادة المتعاقدين ، والتضيق مسألة واقع . فإذا استخلص قاضي الموضوع إرادة المتعاقدين ، أزال عليها حكم القانون . لتكليف العقد والكشف عن ماهيته . والتكليف مسألة قانون لا مسألة واقع ، فهي تخضع لرقابة محكمة النقض . ولا تنتهك المحكمة بتكليف المتعاقدين للعقد ، بل تصحح هذا التكليف من تلقاء نفسها ، شأن قواعد التكليف في ذلك شأن سائر القواعد القانونية تطبقها المحكمة تلقائياً ولا تطلب عليها دليلاً . وإذا تمدد المتعاقدان أن يكفيا العقد تكليفاً غير صحيح ، فإن التكليف غير الصحيح في هذه الحالة يلتبس بالصورية والفرق بينهما - كما ذكر الأستاذ اسماعيل غانم في مذكراته غير المطبوعة في البيع ص ٧ - أن الصورية تتطوى على تصرف ظاهر يبقى وضماً حقيقياً ، والأصل الأخذ بالتصرف الظاهر إلا إذا أثبت صاحب المصلحة الوضع الحقيقي ، فعلى هذا إذن يقع عبء الإثبات . أما التكليف غير الصحيح فلا ينطوي إلا على تصرف واحد . كيفه المتعاقدان تكليفاً خاطئاً ، وعلى المحكمة تصحيح هذا التكليف من تلقاء نفسها دون حاجة إلى أن تلقى عبء الإثبات على أحد المتعاقدين ، بل دون حاجة إلى طلب الإثبات من أحد .

وقد يمتد المتعاقدان أن يكفيا بالتصرف تكليفاً غير صحيح بقصد التحايل على القانون ، فالقاضي يصحح هذا التكليف ويرد على المتعاقدين قصدهما . ويلعب الأستاذ اسماعيل غانم ( مذكراته غير المطبوعة في البيع ص ٧ - ص ١٠ ) إلى أن التحايل على القانون لا ينفي حتماً أن يكون تكليف العقد تكليفاً غير صحيح ، فقد يكفيا المتعاقدان العقد تكليفاً صحيحاً ومما مع ذلك يريدها التحايل على القانون . فإذا أراد شخص أن يعطى آخر أكثر من ثلث تركته بعد موته مع وجود وريثة له ، فهو إذا عمه إلى الوصية لم يستطع بلوغ هذا الغرض إذ لا تجوز الوصية بأكثر من ثلث التركة . فيعمد إلى الهبة أو البيع ، ويجرد عن الملك في الحال ، ولكنه يستبق لنفسه فوائد هذا الملك من طريق اشتراط حق المظنة لنفسه طول حياته . ولا يقال إن المتصرف أراد الوصية وكيفها بأنها هبة ، بل هو أراد الهبة حقاً وتجرد عن ملك الرقبة في الحال مستبقاً لنفسه حق الانطراح . فالتكليف هنا تكليف صحيح ، ولكن المتصرف قصد التحايل على القانون . فينبغي التصرف على تكليفه الصحيح هبة لا وصية ، ولكن يرد على المتصرف قصده

فلا ينظر بالتصرف إلا من ثلث التركة . ومن ثم يحل للمتصرف حكم الهبة من حيث عدم جواز الرجوع فيه دون قيد وذلك إعمالاً لتكليف الحقيقي ، ويحل له حكم الوصية من حيث عدم تناقضه إلا في ثلث التركة وذلك حتى يرد على المتصرف قصده المشوب بالتحايل على القانون . ولا يجرى القضاء في مصر على هذا الرأي . فهو إذ تثبت من أن المتصرف أراد التجرد من ملك الرقبة في الحال واصفاً بالتصرف بأنه هبة أو بيع ، قضى بنفاذ التصرف ولو زاد على ثلث التركة . ولا ينقض التصرف إلى ثلث التركة إلا إذا كشف أن تكليف المتصرف لتصرفه غير صحيح ، وأنه أراد الوصية - أي عدم التجرد عن الملك إلا بعد الموت - وكيفها هبة أو بيعاً . هنا وانظر في أن التكليف يفترض العلم ابتداء بمماية العقود الختلفة ، ثم نصير إرادة المتعاقدين لحررة خصوصيتها وبالمقابلة بين ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين والمالعية القانونية لكل عقد من ٥٥

على أن العقد - مسمى أو غير مسمى - قد يكون بسيطاً ، إذا لم يكن مزيجاً من عقود متنوعة ، كالبيع والإيجار . فإذا اشتمل على أكثر من عقد امتزجت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً ، سمي عقداً مختلطاً ( mixte, complexe ) ، كما في العقد بين صاحب الفندق والنازل فيه (contrat d'hôtellerie) ، فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المسكن ، وبيع بالنسبة إلى المأكل ، وعمل بالنسبة إلى الخدمة ، ووديعة بالنسبة إلى الأمتعة . وكذلك العقد بين صاحب المسرح وأفراد النظارة مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المقعد ، وعمل بالنسبة إلى وسائل التسلية التي تعرض على المسرح . ومن الأمثلة على العقود المختلطة : (١) عدة عقود تمزج في عقد واحد ، وذلك ككثير شركة يتولى إدارتها ويكون وكيلها عنها ، فيتمزج عقد العمل بعقد الوكالة . وقد يتوالى العقدان الواحد بعد الآخر ، كمقعد نقل بحري يعقبه عقد نقل برى أو إيجار يقترن بوعد بالبيع . (٢) إضافة شرط إلى العقد ليس من مقتضياته ، كما إذا التحق بعقد البيع شرط للتأمين أو التحق بعقد النقل شرط للتخزين . (٣) الجمع بين عناصر متفوقة من عقود مختلفة ، كالعقد الذي يجمع بين الإيجار والبيع ( location - vente ) ، وكالوديعة في المصارف تدور بين الوديعة الناقصة والقرض (١) .

وليست هناك أهمية كبيرة لزوج عدد من العقود وتسميتها جميعاً بالعقد المختلط ، فإن هذا العقد إنما تطبق فيه أحكام العقود المختلطة التي يشتمل عليها . على أنه قد يكون من المفيد في بعض الأحيان أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها ، وذلك إذا تنافرت الأحكام التي تطبق في كل عقد من العقود التي يتكون منها ، ففي هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي وتطبيق أحكام هذا العقد دون غيره . فعقد التليفون عقد يدور بين عقد العمل وعقد الإيجار ، ولكن القضاء (٢) غلب عنصر عقد العمل فرفض دعوى إعادة

---

١- العقد يمكن وصف الرابطة التعاقدية أى تكييفها ، إل الأستاذ منصور مصطن منصور في البيع والمقايضة والإيجار فقرة ٦ - وأنظر في مسألة تكييف العقود رسالة الدكتور أحمد زكى الشيق بالفرنسية سنة ١٩٤٤ .

(١) نظرية العقد المؤلف ص ١٢٥ عاشم رقم ١ .

(٢) مصر للكلية ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المجلة ٨ رقم ٢٦٠ ص ٣٦١ .

وضع اليد التي رفعها مشترك قطعت عنه المواصله (١).

#### ٤ - المفروض المختلف: في شروطها المشرع في تنظيم العقود المسماة:

والعقود المسماة تخضع هي أيضاً للقواعد العامة في نظرية العقد كما تخضع العقود غير المسماة ، وقد رأينا أن المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد كان يشتمل على نص في هذا المعنى (٢) . ولكن المشرع يعنى مع ذلك بتنظيمها وإيراد نصوص خاصة في شأنها ، توجهاً لتحقيق أغراض مختلفة منها :

١ - لما كانت العقود المسماة هي من أكثر العقود شيوعاً في التعامل ، وقد أعان شيوعها على إرساء قواعدها واستمرار أحكامها ، فإن المشرع أراد بتنظيم العقد الرسمي أن يمد الطريق للمتعاملين ، فلا يجدون مشقة في تنظيم علاقاتهم التعاقدية ، إذ نبه المشرع لأكثر ما يعرض لهذه العلاقات فتناولها بالتنظيم والتحديد ، ووضع أحكاماً نموذجية هي نتاج خبرة القرون الطويلة . ولم يكن المتعاقدان يستطيعان التنبه لجميع هذه المسائل ، فتولاها المشرع عنهما . على أن المشرع في تنظيمه للعقد المسمى لا يصادر مبدأ سلطان الإرادة ولا حرية التعاقد في تنظيم تعاملهما على الوجه الذى يؤثرانه . فلو أنهما في بعض المسائل التي نظمها المشرع يريدان حلاً لا أخرى غير تلك التي وضعت ، وكانت هذه المسائل ليست من النظام العام ، فانهما يستطيعان أن ينسخا الحل الذى وضعها المشرع ، وليس عليهما في ذلك إلا أن يضمنا الحل الذى اختارها فتكون هي المعمول بها دون الحل الذى وضعها المشرع .

٢ - والمشرع عندما يطبق القواعد العامة على عقد مسمى بالمدات ، كثيراً ما يجلى تطبيقات خفية لهذه القواعد ، تختلف فيها الأنتظار . فيعرض لما فيه خفاء من هذه التطبيقات فيوضحه بنصوص حاسمة لا تدع مجالاً للاضطراب واللبلة . والأمثلة على ذلك كثيرة ، نذكر منها ضمان الاستحقاق وضمن العيوب الخفية وتحمل ثمة الملاك .

(١) نظرية العقد المؤلف فقرة ١٣٠ .

(٢) مرقس المادة ١٤٧ من هذا المشروع : أنظر آنفاً فقرة ٣ .

٣ - على أن المشرع لا يقتصر على مجرد تطبيق القواعد العامة في العقود المسماة ، فهو في بعض الحالات يخرج على هذه القواعد لمبررات خاصة ترجع إلى العقد المسمى الذي يتولى تنظيمه ، وأكثر هذه المبررات تتصل بالنظام العام . فإيراد نصوص على هذا النحو يصبح إذن أمراً ضرورياً ، إذ هو يجعل الأحكام الواجبة للتطبيق تختلف اختلافاً بينا عن تلك التي تستنبط من القواعد العامة . فذكر للتمثيل على ذلك ما حاد فيه المشرع عن تطبيق القواعد العامة في الحقوق المتنازع فيها ، وفي بيع المريض مرض الموت ، وفي بيع ملك الغير ، وفي كثير من نصوص عقد العمل ، وفي الرجوع في الهبة ، وفي الغلط في الصلح ، وفي التزام المرافق العامة ، وفي تعديل الأجرة في عقد الوكالة ، وفي التأمين بما يشتمل عليه من قواعد خاصة ، وغير ذلك كثير نراه متشراً في نواح مفرقة من العقود المسماة .

٤ - وقد يعمد المشرع أخيراً ، في تنظيم العقد المسمى ، إلى تحقيق غرض هام ، هو توجيه هذا العقد وتطويره بحيث يتمشى مع الاتجاهات المتجددة . فعل ذلك في تحريم الرهن الذي يستر تحت اسم بيع الوفاء ، وفي تحريم بيع الوفاء ذاته ، وفي تنظيم أحكام الأجهزة الحديثة في العين للوجرة ، وفي تنظيم ما ألفته الناس من خلط عقد الإيجار بعقد البيع .

وختلص مما تقدم أن تنظيم المشرع للعقد المسمى ييسر معرفة الأحكام التي تسرى على هذا العقد مرتبة بحسب الأولوية . ففي المرتبة الأولى يجب تطبيق النصوص الخاصة التي أوردها المشرع في هذا العقد المسمى بالذات . فإذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه منها ، وجب تطبيق النصوص الواردة في النظرية العامة للعقد أي تطبيق القواعد العامة . وتطبق بعد ذلك المصادر غير التشريعية من عرف ونحوه . وينبغي أن تغطي النصوص الخاصة والقواعد العامة الجزء الأكبر من منطقة العقد الرسمي ، فلا يبقى بعد ذلك إلا حيز ضيق تطبق فيه المصادر غير التشريعية .

(٢)

التقسيمات المختلفة للعقود المسماة

٥ - محاولة فقهية لحصر العقود المسماة وغير المسماة: ذهب بلانبول (١)

إلى أن العقود جميعها - مسماة وغير مسماة - يمكن حصرها في طوائف محدودة . ذلك أن محل الالتزام إما أن يكون شيئاً أو عملاً أو حقاً ، والملتزم بموجب عقد إما أن يأخذ مقابلًا لما أعطى وإما ألا يأخذ . فإذا كان المحل ملكية شيء ولم يأخذ الملتزم مقابلًا للعقد هبة ، أما إذا أخذ مقابلًا للعقد بيع أو مقايضة ، ويكون وفاء بمقابل إذا كان المقابل ديناً ، ويكون عقد شركة إذا كان المقابل حصة في شركة . أما إذا كان المحل هو مجرد الانتفاع بشيء ، ولم يأخذ الملتزم مقابلًا للعقد عارية ، وإذا أخذ مقابلًا للعقد إيجار أو قرض بفائدة ، وقد يكون المقابل ذاته مجرد انتفاع فيكون العقد مقايضة انتفاع بانتفاع كما كان مقايضة ملك بملك . وإذا كان المحل عملاً ، وكان بغير مقابل فقد يكون العقد وكالة غير مأجورة أو وديعة غير مأجورة أو خادمة ما غير مأجورة . أما إذا كان بمقابل وهو الغالب فقد يكون العقد إيجار عمل أو عقد استصناع أو عقد شركة (والعمل حصة فيها) أو وكالة مأجورة أو وديعة مأجورة . وقد يكون المقابل شيئاً آخر غير النقود ، كعامل يأخذ أجره طعاماً ومسكناً . بل قد يكون المقابل نفسه عملاً فيقوم شخص بعمل لآخر في مقابل أن يقوم الآخر بعمل له ، وهذه مقايضة عمل بعمل كمقايضة انتفاع بانتفاع وملك بملك . وإذا كان المحل حقاً - عينياً أو شخصياً - جاز أن يكون بغير مقابل فيكون هبة ، كما جاز أن يكون بمقابل فيكون بيعاً أو مقايضة أو شركة أو وفاء بمقابل . لهذا إذا كان محل العقد نقل الحق ، وقد يكون عمله وهو الحق ضماناً للدين ، أو التزول عن الحق بركاً كلياً أو جزئياً بمقابل أو بغير مقابل . ويرى بلانبول إمكان حصر العقود على هذا النحو مادامت العناصر المكونة لها محصورة بطبيعتها .

(١) انظر مقاله المنشور في المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٤ ص ٢٠ وما بعدها .

وإذا كان بالايول بما قلناه عنه قد استطاع أن يثبت أنه يمكن وضع أساس منطقي لتقسيم العقود ، فإن ذلك لا يدل على أنه يمكن حصر كل عقد بالذات وما يدخل في ذلك من تفتيق ومزج واختلاط مما تستعمله ظروف النشاط في ميادين العمل (١) .

٦ - **تقسيم العقود المسماة في التقنين المرفى السابق** : وقد أورد التقنين المدني السابق العقود المسماة دون ترتيب منطقي ودون تنسيق ، فجاءت على الوجه الآتي : البيع - المقايضة ( في التقنين الوطني فقط ) - الإيجار ( إجارة الأشياء وعقد المقاولة وعقد العمل ) - الشركة - العارية بنوعها ( الاستهلاك والاستعمال ) - الإيرادات المرتبة - الوديعة - الكفالة - الوكالة - الصلح - الرهن - الغاروق - الرهن العقاري .

فتوالى العقود تنساق بعضها وراء بعض متنافرة ، في غير ترتيب ولا تنسيق ، حتى لمعجب الباحث كيف حشر هذا التقنين الكفالة بين الوديعة والوكالة ، وفصل بين رهن الحيازة والرهن الأخرى ، وأورد حوالة الحق في نصوص البيع ، وجمع ما بين عقود الإيجار والمقاولة والعمل في عقد واحد (٢) .

٧ - **تقسيم العقود المسماة في التقنين المرفى الجديد** : أما التقنين المدني الجديد فقد رتب العقود المسماة ترتيباً منطقياً متسقاً راعى فيه المثل الذي يقع عليه القدر . فهناك عقود تنصب على الملكية ، وعقود تقع على المنفعة ، وعقود ترد على العمل . ثم إن هناك عقوداً احتمالية ينتظمها أنها تلور جميعاً على احتمال

(١) نظرية العقد المولف فقرة ٦٢٩

(٢) وقد نمت المذكرة الإيضاحية لمشروع التهيئة لتقنين المدني الجديد هذا الاضطراب في البيانات الآتية : « إن التقنين المدني الحالي ( السابق ) وضع العقود المسماة بعضها إلى جانب بعض ، دون أن ينتظمها ترتيب يمتشى فيه منطق سليم ، فحشر الكفالة بين الوديعة والوكالة ، وجمع ما بين عقود الإيجار والاستصناع والمثل في باب واحد مع ما يوجد بين هذه العقود من تباين ، وفصل ما بين رهن الحيازة والرهن الأخرى فصلاً يظن على كثير من التحكم أن وضع رهن الحيازة بين العقود المسماة ونقل سائر الرهن إلى الكتاب الذي خصصه لحقوق الدائنين » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥ ) .

قد يتحقق وقد لا يتحقق . ويتبى التقنين الجديد بعقد الكفالة إذ هو عقد ضمان شخصي فلا يدخل في العقود المتقدمة ، ويجب في الوقت ذاته أن يفصل عن عقدي الضمان المعنى وهما عقد الرهن الرسمى وعقد رهن الحيازة .

وقد نوهت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بهذا الترتيب المنطقى فى العبارات الآتية : « أما المشروع فقد راعى فى تبويب العقود المسماة أن يقف عند الموضوع الذى يرد عليه العقد . فهناك عقود ترد على الملكية ، وهذه هى : البيع والمقايضة والمبة والشركة والقرض والصلح . وعقود ترد على المنفعة ، وهذه هى : الإيجار والعارية . وعقود ترد على عمل الإنسان ، وهذه هى : عقد المقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة . وعقود احتمالية ترد على موضوع غير محقق ، وهذه هى : المقامرة والرهان وعقد الإيراد المرتب على الحياء وعقد التأمين . وقد أفرد لمقد الكفالة الباب الأخير لأن موضوع الكفالة يتميز عن موضوعات سائر العقود المسماة بأنه عقد تأمين شخصي ، فوجب تمييز الكفالة عن غيرها من العقود من ناحية ، وفصلها عن التأمينات المعينة من ناحية أخرى » (١) .

فنبعث العقود المسماة على هذا الترتيب فى أجزاء ثلاثة من الوسيط .



العقود

التي ترد على الملكية



#### ٨ - العقود التي ترد على الملكية هي موضوع هذا الجزء الرابع

من الوسيط : ونبدأ بالعقود المسماة التي ترد على الملكية - البيع والمقايضة والمبة والشركة والقرض والصلح - ونخصص لها هذا الجزء الرابع من الوسيط . ونبحث العقود المسماة الأخرى في الجزئين الخامس والسادس .

وتنظم العقود الواردة على الملكية خصائص مشتركة ، ففيها جميعاً يلتزم أحد المتعاقدين بنقل ملكية شيء إلى المتعاقد الآخر ، ويلتزم في الوقت ذاته بتسليم هذا الشيء وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . أما المتعاقد الآخر فيلتزم من جهته بدفع المقابل الذي تمهد به في نظير الشيء الذي انتقلت ملكيته إليه إذا كان هناك مقابل .

ثم ينفرد بعد ذلك كل عقد من هذه العقود بخصائصه الذاتية ، فلعقد المبة خصائص يتميز بها عن عقدي البيع والمقايضة ، ولكل من عقد الشركة وعقد القرض وعقد الصلح خصائص ذاتية يتميز بها عن العقود الأخرى . وسنرى ذلك تفصيلاً عند بحث كل عقد على حدة .

ولما كنا قد فصلنا القواعد العامة لنظرية الالتزام في الأجزاء الثلاثة الأولى من الوسيط ، فلا نطيل القول ، في صدد العقود المسماة ، فيما هو مجرد تطبيق . لهذه القواعد ، بل تقتصر على الإشارة إليها . أما الذي نقف عنده في العقد المسمى ، فهو ما يتميز به هذا العقد بالذات من قواعد خاصة به تبرز ذاتيته وتبسط مقوماته وترسم سير تطوره ، ونستظهر ما في أحكامه من تطبيقات للقواعد العامة تنطوي على شيء من الخفاء ، وما في هذه الأحكام من خروج على القواعد العامة ذاتها . ونوجه عناية خاصة للنواحي العملية في العقد المسمى ، على النحو الذي أبرزته ضرورات التعامل وكشف عنه القضاء فيما عرض له من خصوصيات .

ونبحث العقود الواردة على الملكية في أبواب متعاقبة على الترتيب الآتي :

الباب الأول : عقد البيع .

الباب الثاني : عقد المقايضة .

الباب الثالث : عقد المبة .

الباب الرابع : عقد الشركة .

الباب الخامس : عقد القرض وعقد الدخل الدائم .

الباب السادس : عقد الصلح .



# الكتاب الأول

عقد البيع



## مقدمة<sup>(١)</sup>

\*\*\*

### ٩ - التعريف بالبيع - نصوص قانونية : أوردت المادة ٤١٨ من القانون المدني تعريفاً لعقد البيع على الوجه الآتي :

\* مراجع في عقد البيع : لوران ٢٤ في البيع والمقايضة الطبعة الخامسة بروكسل سنة ١٨٩٣ - جيك ١٠ في البيع والإيجار باريس سنة ١٨٩٧ - جيواري في البيع والمقايضة الطبعة الثالثة جزءان باريس ١٩٠٢-١٩٠٤ - لوبري ورو وإسمان ه الطبعة السادسة باريس سنة ١٩٤٧ - بودي وسينيا الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٠٨ - بيدان وليربور بيجونير وبريت دي لاجريس ١١ باريس ١٩٣٨ - بلانويك وريير وهامل ١٠ الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٥٦ - بلانويك وريير وبولانجيه ٢ الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٤٩ - كولان وكايتان ودي لاموراثييه ٢ الطبعة العاشرة باريس سنة ١٩٤٨ - جوسران ٢ الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٣٣ - أنسيكلويد دالوز ه باريس سنة ١٩٥٥ .

رسائل لمر (Eyraud) في البيع والإيجار باريس سنة ١٩٠٤ . أ. ألبير (A. Albert) في التمييز بين بيع المنقول وإيجار المنقل أو المنقول ذاتيه سنة ١٩٠٦ - ديفي (Defaye) في الوعد بالبيع باريس سنة ١٩٠٧ - فوسان (Foissin) في الوعد بالبيع تولوز سنة ١٩٢٤ - ميريس (Miris) في الوعد بالبيع باريس سنة ١٩٢٥ - كورني (Cornille) في البيع وإيجار الأشياء ليل سنة ١٩٢٦ - بزالار (Boillard) في الوعد بالبيع كان سنة ١٩٢٩ - برينيلار (Brétilard) في الوعد بالتفضيل باريس سنة ١٩٢٩ - دوتريش (Dautriche) باريس سنة ١٩٣٠ - تيريون (Thirion) الإيجار مع الوعد بالبيع نانسى سنة ١٩٣٠ - بوايه (Boyer) في الوعد بالبيع تولوز سنة ١٩٣٢ - ديلومز (Delommez) في الوعد بالبيع ليل سنة ١٩٤٧ . مؤلفات في القانون المصري والقوانين العربية : الأستاذ أنور سلطان سنة ١٩٥١ - الأستاذان سليمان مرقس ومحمد علي إمام سنة ١٩٥٢ - سنة ١٩٥٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى سنة ١٩٥٣ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي سنة ١٩٥٦ - الأستاذ جميل الشترقاري سنة ١٩٥٦ - الأستاذ عبد المنعم الجرداوي ١٩٥٦ و ١٩٥٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ١٩٥٦ - ١٩٥٧ - الأستاذ إسماعيل خانم (مذكرات غير مطبوعة سنة ١٩٥٨) - الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني السوري دمشق سنة ١٩٥٣ - الأستاذ حسن علي فنزون في البيع في القانون المدني العراقي بغداد سنة ١٩٥٤ - الأستاذ عباس حسن الصراف في البيع والإيجار بغداد سنة ١٩٥٦ - في القانون المدني المصري السابق : الأستاذ محمد حلمي عيسى في شرح البيع سنة ١٩١٦ - الأستاذ أحمد نجيب الملل وسائد زكي سنة ١٩٤٠ (وأنتظر طبعة سنة ١٩٥٤ في القانون الجليلية) . وفي إشارتنا إلى هذه المراجع المختلطة نحيل إلى الطبقات المبينة فيما تقدم .

و البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي (١).

و يقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣٥/٣٠ (٢).

و يقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٨٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٠٦ - ٥٠٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٧٢ (٣).

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٠٦ من المشروع التمهيدي على وجه مقارب لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية ، وأصبحت المادة رقمها ٤٢١ في المشروع النهائي . وفي مجلس النواب والشيخ أدخلت تعديلات لفظية ملغية أخرى فأصبح التعاقب تاماً تحت رقم المادة ١٨٤ ( مجموعة الأعمال التفسيرية ١٦ ص - ١٦ ص ) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٣٥/٣٠ : البيع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شيء للآخر في مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٦ (مطابقة للمادة ١٨٤ من التقنين المدني المصري . وانظر ذات المعلق على التعريف من وجهة نظر الفقه الإسلامي والتمييز بين حكم البيع وحقوقه الأستاذ مصطفى الزرقا . في البيع في القانون المدني السوري فقرة ٣٤ - فقرة ٢٧ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٠٧ ( مطابقة للمادة ١٨٤ من التقنين المدني المصري ) .

التقنين المدني العراقي م ٥٠٦ : البيع مبادلة مال بمال .

م ٥٠٧ : البيع باعتبار المبيع إما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق ، أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف ، أو بيع العين بالعين وهي المقايضة .

( ويلاحظ أن التقنين العراقي جرى في تعريف البيع على نهج الفقه الإسلامي ، فبطل البيع شامل للبيع المطلق والصرف والمقايضة . ولم ير حاجة للإشارة إلى السلم ، إذ لم يعد هناك مقتضى الإفراد السلم بالذكر بعد أن أصبح بيع الشيء المستعمل جائزاً بوجه عام ، لا يبيع السلم فحسب ، ففصل التقنين العراقي بذلك من قيود السلم المعروفة في الفقه الإسلامي : أنظر في هذا المعنى الأستاذ الذنون في البيع في القانون المدني العراقي فقرة ١٥ ) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٧٢ : البيع عقد يلتزم فيه البائع أن يتفرغ من ملكية شيء ، ويلتزم فيه اشتاؤه أن يدفع ثمنه .

( وتعريف التقنين اللبناني يقارب تعريف التقنين المصري السابق ، فهو لم يذكر في خصوص المبيع إلا ملكية الشيء ، ولم يبين وجوب أن يكون الثمن نقداً ) .



ويستخلص من هذا التعريف. أن البيع عقد ملزم للجائين ، إذ هو يلزم البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر ويلزم المشتري أن يدفع للبائع مقابلاً لذلك ثمناً نقدياً (١). ويستخلص منه أيضاً أن البيع عقد معاوضة ، فالبايع يأخذ الثمن مقابلاً للمبيع والمشتري يأخذ المبيع مقابلاً للثمن . ويستخلص منه كذلك أن البيع عقد رضائي ، إذ لم يشترط القانون لانعقاده شكلاً خاصاً فهو يتعقد بمجرد تراضي المتبايعين . ويستخلص منه أخيراً أن البيع عقد ناقل للملكية ، فهو يرتب التزاماً في ذمة البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري كما هو صريح النص .

وإذا قابلنا هذا التعريف الذي أورده التقنين المدني الجديد بالتعريف الذي كان يشتمل عليه التقنين المدني السابق (٢) ، رأينا أن تعريف التقنين الجديد يمتاز في أمرين : ( أولهما ) أنه لا يقصر المبيع على ملكية الشيء ، بل يجاوز الملكية إلى غيرها من الحقوق المالية الأخرى . فيجوز أن يكون محلاً للبيع ، لاحق للملكية فحسب ، بل أيضاً حق الانتفاع وحقوق الارتفاق وحق الحكر ، كما يجوز أن يكون محلاً للبيع الحقوق الشخصية في صورة حوالة الحق ، وحقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية . ( والأمر الثاني ) أن التعريف يبين في وضوح أن الثمن لابد أن يكون من النقود . وهذا ما يميز البيع عن المقايضة والصرف ،

---

(١) ومن ثم كان البيع يبعاً بالنسبة إلى البائع ، وشراء بالنسبة إلى المشتري . وكان الرومان يراعون هذا التركيب المزدوج ، فيسمون العقد « الشراء والبيع » (emptio-venditio) ، فإذا اختصروا فن لفظ الشراء (emptio) لاني لفظ البيع (venditio) ، لأن الدور التاليفي في الإجراءات الشكلية وفي الإشهاد في القانون الروماني كان للمشتري لا للبائع ( يبرز في هذه البيع في القانون الروماني : مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ١٩٢ ) . ولا يزال التقنين المدني الألماني يطلق على البيع اسم الشراء (Kauf) ، لنلية الدور الذي يقوم به المشتري ( الأستاذ جوبل للترجمة ٢ ص ٥) . أما التسمية الثاليفية في القوانين اللاتينية وفي الفقه الإسلامي فهي البيع ، لأن أحد الطرفين وهو المبيع يكون شيئاً معيناً بالذات إما وقت العقد أو عند التسليم ، وتنتسب ذاتيتها على الثمن الذي هو دين في الفقة . كذلك يبرز في محصور المبيع اللذين ينقل ملكيته وهو البائع على الدائن بهذه الملكية وهو المشتري ، كما يبرز الالتزام على الحق لتخصي فاقترنا على لفظ « الالتزام » .

(٢) أنظر نص المادة ٣٠٠/٢٣٥ من التقنين المدني السابق في الحاشية .

ويميزه عن البيع في الفقه الإسلامي في هذا الفقه يصح أن يكون الثمن من غير النقود فيتسع البيع فيه ليشمل البيع المطلق والمقايضة والصرف والسلم (١).

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : وأخذ المشروع هذا التعريف من التعريف المصرى المال ( السابق ) وعن التعريف البولوى . ويمتاز عن تعريف التعريف المصرى بأمرين : ( أولهما ) أنه لا يقصر البيع على نقل الملكية ، بل يجوز ذلك إلى نقل أى حق مالى آخر . فاليوم قد يقع على حقوق عينية غير الملكية كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، وقد يقع على حقوق شخصية كما في حوالة الحق إذا كانت في مقابل مبلغ من النقود . ( والآخر ) أنه يبين أن الثمن لا بد أن يكون من النقود . وهذا وصف جوهرى في الثمن يحسن أن يذكر في التعريف ، لأنه هو الذى يميز بين البيع والمقايضة . وهذا غير الشرعية الإسلامية ، فقها أن البيع تبادل مال بمال ، فيشمل غير البيع المقايضة والصرف . ولا يوجد في النصوص المقابلة تعريف لتعريف أجنبى جمع بين هذين الأمرين . فن التعريفات ما ينفلها جميعاً ، كما فعل التعريف المصرى السابق ، ومنه الفرنسى ( م ١٥٨٢ ) ، والإيطالى ( م ١٤٤٧ ) ، والهنلى ( م ١٤٩٣ ) ، والبنائى ( م ٣٧٢ ) ، والمشروع الفرنسى الإيطالى ( م ٣٢٣ ) ، والسويسرى ( م ١٨٤ ) ، والسوفييتى ( م ١٨٠ ) ، واليابانى ( م ٥٥٥ ) . ومنها ما يقصر على ذكر أن المبيع قد يكون حقاً مالياً آخر غير الملكية وينفل أن الثمن يجب أن يكون نقداً ، كما فعل التعريف الفرنسى ( م ٥٦٤ ) ، والتعريف المراكشى ( م ٤٧٨ ) ، والتعريف الألمانى ( م ٤٣٣ ) ، والتعريف البولوى ( م ٢٩٤ ) ، والتعريف الصينى ( م ٢٤٥ ) . ومنها ما يعكس الأمر ، فيقتصر على ذكر أن الثمن يجب أن يكون نقداً وينفل النص على جواز بيع الحقوق المالية الأخرى غير الملكية ، كما فعل التعريف الأسبانى ( م ١٤٤٥ ) ، والتعريف البرتغالى ( م ١٥٤٤ ) ، والتعريف الأرجنتينى ( م ١٣٥٧ ) ، وتعريف كوبيك ( م ١٤٧٣ ) ، والتعريف النمساوى ( م ١٠٥٢ ) ، والتعريف البرازيلى ( م ١١٢٢ ) « مجموعة الأعمال التحضيرية » ص ١٥ - ص ١٦ .

ويأخذ الأستاذ سليمان مرقس ( عقد البيع فقرة ١٢ ص ٢٣ ) على تعريف التعريف المذكور الجليده أنه لا ينص ، « من أم أثر يرتب على البيع في القانون الحديث وهو انتقال الملكية بمجرد العقد » . ولكن يلاحظ أن انتقال الملكية ليس أثراً لعقد البيع ، بل هو أثر لالتزام ينقل الملكية الذى ينشئه البيع . وقد نصت المادة ٢٠٤ مدنى - كما لاحظ الأستاذ سليمان مرقس - على أن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق مئى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان على الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بقواعد المتطعة بالتسجيل » . ولا شك في أن جعل الالتزام بنقل الملكية هو الذى ينقلها من تلقاء نفسه أدق من إسناد هذا الأثر إلى عقد البيع ، وبخاصة إذا أحيط هذا الأثر بقيوده فلا تنتقل الملكية إلا إذا كان على الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم دون إخلال بقواعد التسجيل . وهذه كلها قيود لا ترد على عقد البيع ذاته ، فلم يكن على الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم فإن العقد ينعى بصفة ، وهو مع ذلك لا ينقل الملكية وإنما ينشئ التزاماً بنقلها . وكذلك البيع غير المسجل ينعى =

١٠ - البيع ونقل الملكية : ولعل أهم تطور في تاريخ البيع هو تطوره ليكون عقداً ناقلاً للملكية : وستتابع مراحل هذا التطور عند الكلام في التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري<sup>(١)</sup>. ونقتصر هنا على القول إن البيع لم يكن في القديم عقداً ناقلاً للملكية . فقد كان البيع في القانون الروماني لا يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، بل التزاماً بنقل حيازة المبيع إلى المشتري ، إلا إذا اشترط المشتري على البائع أن ينقل له الملكية . وكذلك كان الحسك في القانون الفرنسي القديم ، فكانت الملكية لا تنتقل فيه إلا بالقبض . ولكن مراحل طويلة من التطور في هذا القانون انتهت إلى أن يكون القبض أمراً صورياً ، وكان يكفي أن يذكر في عقد البيع أن القبض قد تم (clausc de dessaisine saisine) حتى تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري .

وقطع التفتين المدني الفرنسي في سنة ١٨٠٤ آخر مرحلة من مراحل التطور ، فجعل البيع ذاته ناقلاً للملكية إذ رتب في ذمة البائع التزاماً بنقلها إلى المشتري . ومن ذلك الحين أصبح البيع ناقلاً للملكية في التقنيات الحديثة ، ومنها التفتين المصري السابق والتفتين المصري الجديد ، وإن كان الفقه الإسلامي قد تجمل هذا التطور وجعل البيع ناقلاً للملكية قبل ذلك بدهور طويلة ، وسرى ذلك عند تفصيل القول في هذا التطور فيما يلي<sup>(٢)</sup>.

١١ - خصائص عقد البيع - اشتباهه بمفرد آخرى : وقد رأينا فيما تقدم أن أهم خصائص عقد البيع هو نقله للملكية حتى في مقابل عوض نقدي ،

---

١ - مع أنه لا ينتقل الملكية إلا بالتسجيل . وهذا ما جعل الأستاذ سليمان مرقس يستخرج فيقول : « ولعل ما حدا للشرع إلى ذلك ملاحظته أن بعض البيوع لا يرتب عليها هذا الأمر ووجبت في وضع تعريف شامل لجميع أنواع البيع » .

وقد تناول الأستاذ منصور مصطفي منصور ( البيع والمقايضة والإيجار ) فقرة ٩ ص ١٤ - ص ١٦ ( الرد بتفصيل على اعتراض الأستاذ سليمان مرقس . قارن الأستاذ عبد القمم البدراني ( فقرة ٢٣ ص ٣٦ ) والأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ( فقرة ١٢ ص ١٤ - ص ١٦ ) والأستاذ جميل قنبرناوي ( فقرة ٧ ) والأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكي ( فقرة ٢٧ ) .

(١) أنظر فقرة ٢٢٩ - فقرة ٢٢٢ فيما يلي

(٢) أنظر فقرة ٢٣١ فيما يلي .

فهو إذن عقد معاوضة ناقل للملكية والتمن فيه نقود (١). وهذه الخصائص وحدها تكون عادة كافية لتمييز عقد البيع عن غيره من العقود. فكونه معاوضة يميزه عن عقد الهبة مثلاً، الذي هو أيضاً ناقل للملكية ولكنه ليس معاوضة بل تبرعاً. وكونه ناقلاً للملكية يميزه عن عقد الإيجار مثلاً، الذي لا ينقل للمستأجر ملكية العين المؤجرة بل يقتصر على أن يرتب له حقاً شخصياً في ذمة المؤجر للانتفاع بالعين. وكون المقابل في عقد البيع هو مبلغ من النقود يميز هذا العقد عن عقد المقايضة مثلاً، والمقابل في المقايضة ليس مبلغاً من النقود. ومع ذلك قد يلتبس عقد البيع بهذه العقود ذاتها أو بعقود أخرى، فيلحق بتمييزه عنها. ونضرب لذلك الأمثلة الآتية :

١ - قد يدق التمييز بين البيع والهبة إذا كانت الهبة مقابل عوض هو مبلغ من النقود. فقد يكون هذا المبلغ كبيراً إلى حد يقرب من قيمة الشيء الموهوب، وعند ذلك يصح التساؤل هل العقد هبة بعوض أو هو بيع سمي التمن فيه عوضاً (٢). والعبرة في التمييز بين فرض وآخر بنية التبرع، فإذا كانت موجودة في جانب العاقد الذي أعطى الشيء كان العقد هبة مهما بلغ مقدار العوض، وإلا فالعقد بيع (٣). ووجود نية التبرع مسألة واقع، بقدرها قاضي الموضوع

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن نقل الملكية في مقابل تمن معين يكون بيعاً، ولو لم يذكر لفظ البيع (١٧ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤١٢).

(٢) وهناك فروق واضحة بين أحكام البيع وأحكام الهبة من وجوه مختلفة : من ناحية الشكل، ومن ناحية الأحكام الموضوعية وبخاصة من ناحية الدعوى البوصية ومدور التصرف في مرض الموت وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية والغلط في الشخص وغير ذلك من المسائل التي تترافق في مواضعها.

(٣) وقد يتخذ البيع ستاراً للهبة، فيذكر فيه عوض على أنه التمن، ثم يجب البتة التمن المشتري. مثل هذا العقد لا شك في طبيعته فهو هبة، بل هبة مكشوفة. وتسرى عليه أحكام الهبة، لا من حيث الموضوع فحسب بل أيضاً من حيث الشكل. فإذا أثنى الواهب سراً الهبة ولم يذكر أنه وهب التمن المشتري بل ذكر أنه قبضه، فالعقد هبة مستورة، تسرى عليه أحكام الهبة من حيث الموضوع، ولا تسرى عليه أحكامها من حيث الشكل فلا تشترط فيه الرسمية.

بل إن الوصية - وهي تصرف من جانب واحد لا عقد، وتبرع كالهبة لا معاوضة كالبيع - تلتبس كثيراً بالبيع وتتخذ ستاراً لها. وقد جاء في الجزء الأول من الوسيط في هذا العدد :  
هو كثيراً ما يستتر الوصية تحت اسم آخر كالبيع، فليحكمة الموضوع أن تدين إرادة التصرف، =

== وأن تكيف هذه الإرادة التكييف القانوني الصحيح خاصة في ذلك لرقابة محكمة النقض . . . .  
 ونية المتصرف تقوم عليها علامات كثيرة ، كاستمرار وضع يد البائع على العين واستغلالها إلى حين وفاته ، وكفقر المشتري وعدم قدرته على دفع الثمن المسمى في العقد ، وكعدم تسجيل العقد ، وكاستمرار قيام البائع بنفع الأموال الأميرية أو العوائد من تاريخ البيع إلى تاريخ وفاته . . . .  
 وتضمن القانون الجديد نصاً في هذه المسألة هو المادة ٩١٧ ، وتنص بأنه « إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبمقتضى الانتفاع : إما مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بهد الموت ، وتصرى عليه أحكام الوصية ، بالم يقم دليل يخالف ذلك » . ويرد سلك القانون الجديد وميله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع والهبة ، مما يؤدي في الغالب إلى تقييد التصرف ، أن باعث القضاء على التساهل في تفسير التصرف على أنه بيع أو هبة لا على أنه وصية قد انضمت . فقد كان القضاء يرجع جانب البيع أو الهبة على جانب الوصية لما كانت أحكام الوصية تضيق عن الإيصاء لوارث ، فكانت القضاء يبالغ بهذا التساهل عيياً في القانون ، ليصح وصايا لها ما يبروها في ظروف الأسرة تحت ستار الوصية لوارث فيما لا يزيد على ثلث التركة وجعلها كالوصية لغير الوارث ، فلم يمد هناك مقتضى لتسمية الصفحات بغير أسمائها الحقيقية ، وما دامت الوصية السافرة لوارث جائزة ، فلا محل إذن للوصية المستترة . . . . ومن ذلك نرى أن القرينة القانونية التي أنشأها القانون الجديد — وهي احتفاظ المورث بالحيازة وبمقتضى الانتفاع مدى حياته — هي التي — الشابت في هذه المسألة . وهي قرينة قابلة لإثبات العكس ، فيجوز إثبات أن التصرف بيع أو هبة لا وصية بتقديم قرائن في هذا المعنى ، كتسجيل التصرف وانتزاعه عن شرط منع التصرف وتبرير الاحتفاظ بحيازة العين من طريق أن المشتري قاصر وأن البائع باشر الحيازة نيابة عنه وغير ذلك من الظروف التي تعارض أن التصرف وصية » ( الوسيط ١ ص ٥٩٦ — ص ٥٩٩ في الحاشي ) . ويلاحظ أن المادة ٩١٧ مدني استحدثت قرينة قانونية تتصل بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً ، فلا يكون لها أثر رجعي ، شأنها هذا شأن سائر القواعد الموضوعية ( الوسيط ٢ فقرة ٣٢٢ ص ٦٠١ هاشم رقم ٢ — باردان على أبو ري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ هاشم رقم ١ بكرر — جنى العلم والصياغة في القانون الخاص ٣ ص ٢٣٢ — ص ٢٣٤ — الأستاذ عبد المنعم البدراوي فقرة ٤٨ — الأستاذ منصور محط منصور فقرة ١٦ ص ٣١ — ص ٣٣ — الأستاذ اسماعيل غانم ص ٣٣ . وأنظر حكمي ذلك وأن هذه القرائن متعلقة بقواعد الإثبات ، والنصوص الخاصة بالإثبات ما عداها للنصوص الخاصة بالأدلة التي تعد مقدماً تسمى على جميع الوقائع بأثر رجعي سواء كانت لاحقة لصورتها أو سابقة : الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨ — الأستاذ سليمان درقس فقرة ٢٨ ) .

ونضيف هنا قضاء محكمة النقض في تكيف العقد عيياً أو هبة : اشترط البائع حق الانتفاع بالمبيع طول حياته ومنع المشتري من التصرف : بيع ( ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر رقم ١٢٢ ص ٤٠١ ) — تصرف منجز حال الحياة وسجل قبل وفاة المتصرف بزمان طويل : صحيح إما كبيع أو كهبة مستترة ( ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر رقم ٢ و رقم ١٣٤ ص ٤٠٢ ) — انتقال =

## وحده دون رقابة عليه من محكمة النقض (١). وما يرجع وجود هذه التية أن

البائع والمشتري على بقاء العين المبيعة تحت يد البائع ليضع بما طول حياته : بيع أو حبة مسترة  
( ١٣ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٩ ص ٥٤٧ ) - نقله العقد في حياة البائع  
يرفع يده من الأرض المبيعة واتخاذ كل التدابير اللازمة لتسجيل العقد : بيع ( ١١ مارس سنة ١٩٤٨  
مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٦ ص ٥٦٤ ) - الاحتفاظ بحق الانتفاع مدة الحياة ومنع المشتري من  
التصرف لا يحول دون اعتبار التصرف يماً ( ٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٨  
ص ٥٨٣ ) - ليس من الضروري وضع المشتري يده على العين لتكثيف العقد يماً ( ١٩ مايو  
سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٢ ص ٧١٨ ) - زل البائع للمدين من باقى أمثله واشترط  
ألا يتصرف المشترون في المبيع مادام حياً ولكن صدر منه بعد ذلك إقرار يلى هذا الشرط ويطلق  
للمشتري حرية التصرف ، لهذا بيع لا وصية ( ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٨  
ص ٥٧٤ ) - لا يمكن لتكثيف العقد وصية اشتراط موافقة البائع هل تصرف المشتري  
( ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٤ ص ١٥٢ ) - بيع مسجل من والده  
إلى ولده : بيع أو حبة مسترة ( ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٤٦  
ص ٢٥٦ ) - اشتراط البائع على المشتري عدم التصرف في العين المبيعة ما بين البائع حياً لا يمنع  
من تكثيف العقد يماً ( ٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٩ ص ٤٠٦ -  
و في تكثيف العقد وصية : لم يسجل البيع واستأجر البائع المبيع ورفق بهض الأبطال ( ٢ مارس  
سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧٦ ص ٢٨٩ ) - وجود ورقة ضد نقض بأن البيع  
لا يسرى إلا بعد وفاة البائع ( ٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠٢ ص ٥٩٧ ) ،  
لمستبقاء البائع حيابة المبيع وعدم دفع المشتري للثمن ومنه من التصرف وعدم إلزامه بدفع الأموال  
( ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٠ ص ٨٩٧ ) - تصرف من والده  
إلى ولده ، يثن بخص مع احتفاظ البائع بحق الانتفاع ومنع المشتري من التصرف ( ٢٢ مايو  
سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٢ ص ١١٢٠ ) - عقد صادر من مورث إلى  
وارث وقد ثبت أن المورث لم يكن في حاجة إلى بيع أملاكه ولم يقبض ثمناً وظل وانضم يده على  
المبيع طول حياته واحتفظ بالعقد عنده حتى لا يسجل ( ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام  
النقض ٦ رقم ٣٢ ) - وقضت محكمة النقض بأنه إذا كان النزاع ذير قائم حول صحة  
التصرف باعتباره وصية ، وإنما كان قائماً حول تعرف تية المتصرف هل هي البيع أو الهبة  
أو الوصية ، فلا شأن بجهة الأحوال الشخصية به ، بل الشأن فيه لجهة القضاء المادى ( ٩ نوفمبر  
سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٦ ص ٤٣٧ ) .

وأظهر أيضاً في تكثيف العقد وهل هو وصية أو عقد تمليك منجز : نقض مدعى في يناير  
سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢ ص ٤٣ - ٢٦ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام  
النقض ٧ رقم ١٥ ص ١٢٥ ( إيداع مبلغ في صندوق التوفير باسم شخص معين ) - ٢ فبراير  
سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٩ ص ١١٨ - ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام  
النقض ٧ رقم ٢٦ ص ٢٠٥ - ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٥  
ص ٢٠٦ .  
( ١ ) جيوار ١ فقرة ٧٠ .

يكون العرض في مصلحة شخص ثالث غير الواهب ، بل قد يكون الموهوب له الحقيقي هو هذا الشخص الثالث وقد وسط الواهب المتعاقب الآخر بينهما (١).

٢ - وقد يلدق التمييز بين البيع والإيجار إذا وقع العقد لا على الشيء ذاته ، بل على ثمراته أو منتجاته. ويقال عادة إن الفرق بين الثمرات (fruits) والمنتجات (produits) هو أن الأولى دورية (périodique) تتجدد دون انقراض ، أما الأخرى فتتناقص حتى تنفذ . فمحصولات الأرض تعتبر ثمرات لأنها تتجدد في أوقات دورية ، أما القمح والبتول والمعادن والحجر في المناجم والمهاجر فهذه كلها منتجات لأنها غير دورية بل إن مصيرها إلى النفاذ . ومن ثم فقد قيل إن العقد إذا وقع على الثمرات فهو لإيجار إذ يقع على منفعة الأرض المتجددة التي لا تنفذ ، وإذا وقع على المنتجات فهو بيع إذ يقع على هذه المنتجات ذاتها لا على منفعة متجددة (٢). ويطلب أن يكون هذا صحيحاً ، ولكنه قد لا يصدق في بعض الحالات . فقد يبيع صاحب الأرض المحصول الناتج منها وهو لا يزال في الأرض ، فيكون العقد بيعاً لهذا المحصول لا لإيجاراً للأرض . ويطلب في هذه الحالة ألا يسلم البائع الأرض للمشتري ولا يسلم له إلا المحصول ، وأن تكون مصروفات الزراعة على صاحب الأرض لا على المشتري . أما في الإيجار فتسلم الأرض للمستأجر للانتفاع بها ، وتكون مصروفات الزراعة

---

(١) بلانول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٨ .

(٢) بلانول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٣ ص ٥ - الأستاذ منصور مصطلح متصور فقرة ١١ - وقد نفتت محكمة النقض بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت من أوراق الدعوى أن الطامن قد تمادى مع وزارة المالية على أن يقوم باستئثار الطرون الجاف بمستنقعات منطقتين رسا مزادها عليه مقابل ثمن معين ، وعمل أن يدفع لوزارة المالية مائة على هذا الثمن أثناء كذا جنباً عن كل طن ، كما استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية أن وزارة المالية لم تتفق مع الطامن على حد أدنى لكية الطرون الذي يقوم باستخراجه مقابل الثمن الذي رسا به المزاد عليه ، فهذا العقد موضوعه محصول طبيعي غير متجدد وليس ثمرة أو ربما المستنقعات المذكورة ، لكنها جزءاً منه لا بد من نفاذه يوماً ما . وحقيقته - مهما كان قد ورد فيه من ألفاظ المؤجرة والإيجار والمستأجر - أنه عقد بيع للطرون لا عقد إيجار للمستنقعات . والمبيع مجعوب هو عين معينة هي كل الطرون الموجود بالمستنقعات بلا حاجة إلى وزن ، وثمرته قد حدد دون توقف على وزن فيها هذا مبلغ الإتاوة . وبني على ذلك اختياره بيعاً جزئياً ، فهو يقع لازماً مهما كان مقدار المبيع أقل مما أمله المشتري (٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٣١ ص ١٦١) .

على المستأجر لا على صاحب الأرض (١). ولكن لا يوجد ما يمنع من أن تكون مصروفات الزراعة أو بعضها في الإيجار على صاحب الأرض لا على المستأجر ، ولا أن تكون مصروفات إنتاج المحصول الذي يباعه صاحب الأرض أو بعض هذه المصروفات على المشتري لا على صاحب الأرض . فالعبرة إذن بنية المتعاقدين ، هل أرادوا بيعاً أو إيجاراً ، وتتخذ الظروف الخارجية التي أشرنا إليها قرآن قضائية على هذه النية ، وقاضى الموضوع هو الذى يستخلص من هذه القرائن ومن غيرها دلالاتها : تقديره وتقدير موضوعى لا معقب عليه فيه من محكمة النقض (٢). فقد يؤجر صاحب المنجم أو الحجر منجمه أو محجره ليستغله المستأجر في مقابل أجره دورية فيكون العقد إيجاراً لا بيعاً ، وتسرى أحكام الإيجار وبخاصة ما يتعلق منها بتجديد الإيجار وبامتياز المؤجر وبطريقة الشهر ، وكل هذا يختلف تماماً عن الأحكام الخاصة بعقد البيع (٣).

وهناك فرض آخر يدق فيه اختيار بين البيع والإيجار ، فقد يوصف العقد بأنه إيجار حتى إذا واطب المستأجر على دفع الأجرة لمدة معينة انقلب العقد بيعاً واعتبرت الأجرة أقساطاً للثمن . وهذا ما يسمى بالإيجار السائر للبيع (location - vente) : وقد ورد فيه نص خاص هو نص المادة ٣٠٠ مدنى ، ويقضى هذا النص بأن العقد يعتبر في هذه الحالة بيعاً لا إيجاراً فتسرى عليه أحكام البيع . وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلاً في مكان آخر (٤).

(١) بلاتويل وويبر وهامل ١٠ فقرة ٢ ص ٥ - ص ٦

(٢) أما التكييف القانونى لعقد بعد استخلاص نية المتعاقدين للواتية فمسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ( بلاتويل وويبر وهامل ١٠ فقرة ٣). ويرامى في التكييف أن البيع ينشئ التزاماً بفعل الملكية ، أما الإيجار فينشئ التزاماً بفعل هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة . (٣) وليس من الضروري ليكون العقد إيجاراً أن يكون للمستأجر الحق في جميع وجوه الانتفاع بالعين المؤجرة ، فقد يؤجر صاحب الأرض بعض متاعه أرضه ، كأن يؤجر حق الصيد فيها ( بلاتويل وويبر وهامل ١٠ فقرة ٣ ص ٦).

وقد يقال إن الإيجار عقد زمنى فالزمن فيه عنصر جوهري ، أما البيع فمقد فوري . وهذا المبدأ صحيح في حله وإن كانت هناك بيوع الزمن فيها عنصر جوهري فتكون عقوداً زمنية وذلك كمقدود التوريث .

(٤) انظر فقرة ٩٠ - فقرة ٩٤ فيما يلى - وقد يشبه البيع بالإيجار في التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن ، حيث يتزل المستأجر عن إيجاره لتبخره وهذا هو البيع أو يؤجر حقه الغير



٣ — وقد يتراوح العقد بين أن يكون بيعاً أو مقايضة . مثل ذلك أن يتعاقدا شخص مع آخر على أن يعطيه داراً في مقابل أحد شيئين يختاره المتعاقد الآخر ، مبلغ معين من النقود أو أرض معينة . فهنا العقد يكون بيعاً أو مقايضة بحسب المقابل الذي يختاره المتعاقد الآخر ، فان اختار النقود كان العقد بيعاً ، وإن اختار الأرض كان العقد مقايضة . ولا يقع في هذا الفرض لبس ما ، وخصوصيته في أن العقد لا يتمحض منذ البداية بيعاً أو مقايضة ، ولا يعرف ذلك إلا عندما يختار المتعاقد الآخر المقابل الذي يدفعه . ولكن قد يدق التمييز فيما إذا أعطى شخص داراً لآخر في مقابل أوراق مالية أو سيئات ذهبية ، فهل يعتبر المقابل هنا بمثابة النقد فيكون العقد بيعاً ؟ الظاهر أن هذا المقابل ، وإن أمكنت معرفة قيمته نقداً بمجرد تبين سعر السوق ، إلا أن العبرة فيه هي بطبيعته وقت العقد ، وهو ليس نقداً ، فيكون العقد مقايضة لا بيعاً . وإذا كان المقابل إيراداً مرتبطاً بمدى الحياة ، فقد ذهب البعض إلى أن المقابل ليس بنقود بل هو الحق في المرتب ، ومن ثم يكون العقد مقايضة . ولكن الصحيح أن العقد بيع قدر الثمن فيه — وهو نقود — على وجه احتمالي في صورة الإيراد (١) . وإذا كان المقابل بعضه نقود وبعضه غير نقود ، فإذا كان العنصر الغالب هو النقود ، كما إذا بيعت سيارة جديدة بألفين على أن يحسب من الثمن سيارة قديمة قدرت قيمتها بخمسمائة ، فالعقد بيع . أما إذا كان العنصر الغالب هو غير النقود ، كما إذا استبدلت سيارة بأخرى متقاربتين في القيمة مع دفع

---

== وهنا هو الإيجار من الباطن . ويرجع في ذلك إلى تعبد المتأدين ، ولكن قد ينشأ هذا التعبد حتى يدق التمييز . بل يقع أن يتعبد المستأجر وصف العقد الصادر منه بأحد التصرفين وهو يقصد التصرف الآخر . فسمت الفقرة الأولى من المادة ٩٤ مدني إلى قطع السبيل على هذا التعديل ، ونصت على أن « منع المستأجر من أن يؤثر من الباطن يقتضي منعه من التنازل عن الإيجار ، وكذلك العكس » .

(١) بلانول وريير وهامل ١٠ فقرة ٣٥ ص ٣٥ — الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٢٥ ص ١٦٧ — الأستاذ سليمان مرتضى فقرة ٨٧ ص ١٢١ — الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ١٣٤ ص ١٩٣ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٨ ص ٩٢ — الأستاذ جمال الدين زكي في التفرد المسألة فقرة ١١٨ ص ٢٢٢ — الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٥ — وأنظر ما يلى فقرة ٢٥٥ .

معلل من التقود زهيد ، فالعقد مقايضة (١) .

وقد قدمنا أن عقد البيع قد يلتبس بعقد أخرى غير العقود الثلاثة المتقدمة الذكر ، ونستعرض بعض الأمثلة على ذلك .

١ - فقد يدق التمييز بين البيع والوفاء بمقابل . وقد قدمنا في الجزء الثالث من الوسيط (٢) أن الوفاء بمقابل قد اختلف في تكييفه . فهو في جميع الأحوال ينقل ملكية شيء يعطى في مقابلة دين يوفى به ، فيسرى عليه من حيث أنه ينقل للملكية أحكام البيع ، وبخاصة ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان السيوب . ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء ، وبخاصة ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات (انظر م ٣٥١ ملقى) . وقد رأينا أن التكييف الصحيح للوفاء بمقابل أنه تجديد بتغيير محل الدين ، فيحل محل الدين الأصل دين جديد ، ويقرن التجديد في الوقت ذاته بوفاء الدين الجديد عيناً بالشيء المعطى (٣) . فيجمع الوفاء بمقابل بين خصائص التجديد وخصائص الوفاء ، ويسرى عليه أحكام كل منهما . ثم هو في الوقت ذاته ناقل للملكية الشيء المعطى ، ومن هذه الناحية وحدها أشبه البيع وسرت عليه أحكامه ، وبخاصة ما تعلق منها بالأهلية والضمان كما سبق القول (٤) .

٢ - وقد يدق التمييز بين عقد البيع وعقد المقاولة . فإذا كان الصانع هو الذى ورد الخامات التى يصنعها ، وكانت الخامات أكبر قيمة من عمله ، فالعقد بيع . ومن ثم يكون العقد الذى يلتزمه صاحب المصنع أن يورد

(١) الأستاذ منصور مصطلق منصور فقرة ١٥ ص ٢٨ - وأنظر ما يلى فقرة ٢٠٤ وفترة ٢٢٧ .

(٢) فقرة ٤٧٧ - فقرة ٤٨٠ .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٤٨٠ .

(٤) قارن الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٢ . وقد قفت بحكمة الاستئناف المختلطة بأن إعطاء المستأجر المحصول المؤجر للوفاء بالأجرة لا يعتبر وفاء بمقابل ولا يتبرعياً ما دام لم يحدد الثمن . ولكنه تسليم المحصول المؤجر على سبيل الضمان ، مع توكيله فى بيده لحساب المستأجر بعد خصم الأجرة . فالمحصول فى هذه الحالة لا يزال ملكاً للمستأجر ، ومن ثم إذا وقع أحد دائئيه الحجز عليه لم يكن المؤجر أن يترس على الحجز بأنه وقع على مال غير مملوك للمدين (٦ يناير سنة ١٩١٥ ص ٢٧ ١٠٧) .

مصنوعاته إلى العميل ، كما إذا تعهد بتوريد آلات أو أجهزة أو أسلحة أو بولخر أو سيارات أو غير ذلك ، هو بيع أشياء مستقبلية . أما إذا كانت الخدامات أقل قيمة من العمل ، كالرسام يورد القماش (toile) أو الورق الذي يرسم عليه والألوان التي يرسم بها ، فهذه الخدامات أقل بكثير من قيمة عمل الفنان ، ويكون للعقد عقد مقاول لا عقد بيع . والخياط (الترزى) إذا ورد القماش وكانت قيمته أقل من قيمة العمل فالعقد مقاول ، وإذا كانت قيمته أكبر فالعقد بيع (١) . وقد تتناوب قيمة القماش وقيمة العمل ، فالعقد يكون في هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقاول (٢) . أما المقاول الذي يتعهد بإقامة مبنى ، فإن كانت الأرض التي يقام عليها المبنى ملكاً لأرب العمل كما هو الغالب فالعقد مقاول ، وإن كانت الأرض ملكاً للمقاول فالعقد بيع الأرض في حالتها المستقبلية أى بعد أن يقام عليها المبنى (٣) .

٣ - وقد يدق التمييز بين عقد البيع وعقد الوديعة . فيقع أن يودع الشيء صاحبه عند آخر ليبيعه بمبلغ معين ، على أن يأخذ المودع عنده مقداراً معلوماً أجراً له . مثل ذلك أن يودع المؤلف نسخاً من كتابه في مكتبة لبيعهها صاحب المكتبة ، أو أن يودع تاجر الجملة مجوهرات عند تاجر التجزئة لبيعهها . ففي هذه الأحوال تكون التسخ أو المجوهرات مودعة عند صاحب المكتبة أو عند تاجر التجزئة ، وهذا إما أن يبيعهها لحساب صاحبها فيكون وكيلها بالبيع بعد أن كان مودعاً عنده ، وهو وكيل بالأجر إذ يتقاضى أجراً معيناً على ما يقوم ببيعه . وإما أن يعتبر ، عندما يجد مشترياً ، أنه هو اشتراها أولاً من صاحبها بضمن معين ، ثم باعها للعمل بضمن أكبر ، والفرق هو مكسبه . والقول بشكيف أو بأخر

(١) وتنص لفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ من تقنين المبيعات والعمود البنائي على ما يأتي :  
« على أنه إذا كانت المواد التي يقدمها الصانع هي الموضوع الأصلي في العقد ولم يكن العمل إلزاماً ، كان هناك بيع لا استئجار » .

(٢) ويقرب من هذا الرأي الأستاذ محمد كامل موسى فقرة ١٨ ص ٣٠ .

(٣) بلاتيرول وويير وهامل ١٠ فقرة ٥ .

يتوقف على نية المتعاقدين ، وهذه النية يستخلصها قاضى الموضوع من ظروف الواقع (١) .

٤ - وقد بدق التمييز بين عقد البيع وعقد الوكالة . ويحدث ذلك مثلاً في حالة الاسم المستعار أو المسخر (prête-nom) ، فانه يشتري باسمه ما وكل في شراؤه ، وتنتقل ملكية الشيء إليه ثم ينقل الملكية بعد ذلك بعقد جديد إلى الموكل . فينتطوى التسخير إذن على عقد وكالة هو الذى أبرم بين الموكل والمسخر ، وعقدى بيع العقد الأول هو الذى أبرمه المسخر مع المتعاقد الآخر والعقد الثانى هو الذى أبرمه المسخر مع الموكل . ومن ثم لا يختلط البيع بالوكالة في هذه الحالة ، بل يقرن بها . وكذلك السمسار والقومسيونجى يقوم كل منهما بشراء الشيء باسمه ولكن لحساب عميله ، ثم ينقله إلى العميل بعقد جديد ،

---

(١) قارن بلانويل وهامل ١٠ فقرة ٤ - والأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥ - ومن أنقضية محكمة النقض في اختلاط الودعية بعقد البيع ناقضت به من أن التزام المودع لديه رد الشيء بعينه عند طلبه شرط أساسى في وجود عقد الودعية ، فإذا انقضى هذا الشرط انقضى معه معنى الودعية . فإذا سلم قطن لمخلج بموجب إيصالات ذكر فيها أنه لايجوز لحاملها طلب القطن عيئاً ، ثم تصرف صاحب المخلج في القطن بدون إذن صاحبه ، لم يعتبر ذلك تبديداً مماقياً عليه بالمادة ٢٩٦ من قانون العقوبات ( م ٣٤١ جديد ) : نقض جنائلى ٢١ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ٢ ورقم ٣٣٧ ص ٤٨٨ - وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا اشترط في عقد البيع أن الملكية في المبيع تبقى للبائع حتى يحميه المشتري ، فإن وجود المبيع عند المشتري في فترة التجربة إنما يكون على سبيل الودعية ، فإن تصرف فيه إضراراً بصاحبه فإنه يكون خائناً الأمانة ويخضع له بمقتضى المادة ٣٤١ من قانون العقوبات ( نقض جنائلى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ ورقم ٢٤٧ ص ٥٤٩ ) وقضت كذلك بأنه إذا كان العقد يتضمن إقراراً بدين مصحوباً بتأمين كمية من القطن أردعها المدين لحساب دائته لدى تاجر قطن كان اشتري فيها اشتراء من الدائن هذه الكمية ، وذلك على أن يكون لهذا التاجر حق بيع القطن بسعر الكونترات والاعتداد بدبته على الدائن وفوائده من ثمنه إذا هبط سعره ، ولم يتم البائع بالتنطية بحسب العرف المقرر لبيع الاقطنان ببورصة الشائع ، فإن هذا العقد ليس مجرد عقد بيع مدنى عادى يكون فيه المودع لديه أو المشتري ملزماً بنقل أسعار القطن شهراً فشهراً حتى يأذن له البائع في بيعه ، وإنما هو عقد يتضمن تكليف المشتري أو المودع لديه ببيع إذا لم يتم البائع بالتنطية الواجبة عرفاً عند هبوط السعر (نقض مدنى ٢٢ يولييه سنة ١٩٢٨ مجموعة عمر ٢ ورقم ١٣١ ص ٤٠١ ) .

فيكون هناك عقد ممسرة ( وكالة ) مقترناً بمقضى بيع على النحو الذى رأيناه فى المسخر (١) .

هـ - وقد يلقى التمييز بين عقد البيع وعقد القرض . ويحدث ذلك فى مثل القرض الآتى : يريد شخص أن يقرض من آخر ، فيعمد إلى شراء سلعة من المقرض بثمن مؤجل ، ثم يبيعها بثمن معجل ، فيصبح مديناً بالثمن المؤجل ويتقاضى فى الوقت ذاته الثمن المعجل ، وترجع السلعة إلى صاحبها كما كانت . وتتكشف هذه العملية المركبة عن أن المشتري إنما هو مقرض ، اقرض الثمن المعجل على أن يؤدى بدله الثمن المؤجل عند حلول الأجل ، ويكون الثمن المؤجل أعلى من الثمن المعجل والفرق بين الثنتين إنما هو فوائد القرض . وهذا ما يعرف فى الفقه الإسلامى ببيع العينة (٢) . والواجب فى هذه الحالة استخلاص نية المتعاقدين ، ويغلب أن تكون هذه النية قد انطوت على قرض برأ فاحش ، احتمال المتعاقدان للوصول إليه عن طريق بيعين متعاقبين أحدهما بشئ مؤجل والآخر بثمن معجل . ومتى تبين للقاضى أن هذه هى لية المتعاقدين ، وجب أن يجرى أحكام القرض وأن يسقط البيعين من حسابه ، ومن ثم ينقص الفوائد الفاحشة إلى الحد المسموح

(١) وقد تحتلط الوكالة بالبيع فى البيع مع حق التقرر بالشراء عن الغير (déclaration de commande) وقد قضت محكمة النقض بأن تكييف العلاقة القانونية بين المشتري الذى يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشتري المستر بأنها وكالة ، تجرى أحكامها على الآثار التى ترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير ، غير جاز على إطلاقه . فإن بين أحكام الوكالة والأحكام التى يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التى ترتب عليه تناقضاً ، فاستناد ملكية المشتري المستر إلى عقد البيع الأول ولم يعم وجود تقويض أو توكيل منه إلى المشتري الظاهر قبل البيع ، ويقاه الذين فى ملكية المشتري الظاهر إذا لم يعمل حقه فى الاختيار أو إذا أعمله به المبدأ المتفق عليه ، وهى أحكام مقررة فى شرط اختيار الغير ، كلها تخالف أحكام الوكالة تماماً . ولئن كان الفقه والقضاء فى فرنسا قد ذعبا فى تبرير إستناد ملكية المشتري المستر إلى العقد الأول ، وهو أهم ما يقصد من شرط اختيار الغير ، إلى افتراض وكالة المشتري الظاهر عن الغير ، إلا أن ذلك ليس إلا مجازاً مقصوراً على حالة ما إذا أعمل المشتري حقه فى اختيار الغير فى المبدأ المتفق عليه مع البائع . أما قبل ذلك ، أو إذا لم يعمل هذا الحق ، أو إذا أعمله به المبدأ ، فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة ( نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ وقم ٨١ ص ٣١٢ ) .

(٢) ويعرف القانون الفرنسى القديم هذا العقد ، ويسميه بوتيه Mohatra ( بومدى وميلها فقرة ٢٢ ) .

به قنونا . وقد كان بيع الوفاء قبل تحريمه يحقق هذا الغرض في كثير من الأحوال ، فيتخذ وسيلة إلى القرض يرثا فاحش . فيتظاهر البائع وفاء أنه يبيع حيناً ، وإنما هو يرهنها عند المشتري وفاء فإذا رد القرض في الميعاد المضروب استرد العين ، ويكون المشتري قد استولى على الربح وهو يزيد عادة على الفوائد المسموح بها . وإذا لم يرد المقرض القرض في الميعاد ، ضاعت عليه العين . ومثل هذا العقد يجب اعتباره قرضاً مضموناً برهن ، وقد صدر تشريع في عهد التقنين المدني السابق يقضى بجعله باطلاً باعتباره بيع وفاء وباعتباره رهناً ، أما في التقنين المدني الجديد فقد حرم بيع الوفاء ذاته حتى لا يتخذ خريفة لمثل هذه الأغراض (١) .

#### ١٢ - أهمية عقد البيع وكيف مل محل المقايضة : وعقد البيع هو

أكثر العقود شيوعاً في التعامل ، فهو قوام الحياة التجارية والمدنية . وحتى قبل أن تتسع ميادين التجارة وتنوع ضروب البياعات التجارية ، كان البيع هو العقد الرئيسي في مراحل تطور الحضارة ، ولا تكاد تذكر العقود المساهة إلا ويكون على رأسها عقد البيع (٢) .

ولم يكن البيع معروفاً في البداية ، بل سبقته المقايضة (troc) قبل أن يكشف الناس أن تكون وساطة التعامل فيما بينهم المعادن الثمينة ، ثم النقود . فكان الناس في أقدم العصور يتقاضون سلعة بسلعة ، ولكن المقايضة لم تكن تصلح إلا لجمعية بدائية حيث يمكن حصر السلع المرغوب فيها والتقايس عليها . فلما تقدمت الحضارة وتنوعت الحاجات ، أصبحت المقايضة كطريق للتعامل صعبة التناول وقلل أن تبنى بالأغراض المختلفة التي وجدت للناس . وكان لابد من إيجاد سلعة عامة تقوم بها جميع السلع ، وتكون هي الوساطة في التبادل . فكانت المعادن الثمينة هي السلعة المنشودة ، وبخاصة الذهب والفضة ، لأن المشتري منهما ثمن

(١) الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٦ .

(٢) وقد نشأت أغلب التواعد العامة لنظرية العقد في رحاب عقد البيع (الاستاذ جميل الشرفاوي فقرة ٣ ص ٧) . وفي الفقه الإسلامي بوجه خاص ، أحكام عقد البيع هي المصدر الأول الذي يستخلص منه أحكام عامة لنظرية العقد .

ما يشتره . ثم أنشئت دور لسك هذه المعادن ، ولم يكن للدولة رقابة عليها في البداية ، ثم أخذت الدولة تبسط رقابتها على هذه الدور إلى أن سيطرت عليها ، وأصبحت وحدها هي التي تسك العملة . وهكذا ظهرت النقود وساطة للتعامل (١) ، ومنذ ظهرت على هذا النحو ظهر معها عقد البيع ، وانتشر هذا العقد في جميع ضروب التعامل وحل محل المقايضة ، وأصبح هو العقد الأول الذي يتعامل به الناس . على أن كل هذا لم يتم إلا تدرجاً ، فلا تزال الحضارات القديمة تحمل أثر المقايضة في معاملاتها ، حتى أن الفقه الإسلامي يجعل البيع شاملاً لها كما تقدم القول .

ولم تختلف المقايضة تماماً من ميادين التعامل ، فقد يقع أن يتقايس شخصان شيئاً بشيء ، فإذا لم تتعادل القيمتان دخلت النقود ولكن في دور ثانوى كعدل (soulte) للقيمتين . ومن ثم نظم المشرع عقد المقايضة عقب عقد البيع ، دون أن يفيض في هذا التنظيم لقلة الحاجة إلى هذا العقد ولأن أحكامه هي عين أحكام البيع ، لا فرق بين العقدين إلا في طبيعة المقابل فهو نقد في البيع وعين في المقايضة . وحظ المقايضة في التعامل الخارجى أوفر من حظها في التعامل الداخلى ، فكثير من الدول في العصر الحاضر ، بعد تهافت شؤون النقد ، تنفق فيما بينها على تقايض السلع .

### ١٣ - تنظيم عقد البيع في التقنين المدنى السابق : أفاض التقنين

المدنى السابق في تنظيم عقد البيع (٢) ، فعرض بهذا التبسط اقتضابه في نصوص النظرية العامة للعقد ، حتى كانت هذه النصوص تستخلص من النصوص المتعلقة بالبيع . على أنه بالرغم من تبسطه في تنظيم عقد البيع ، لم يراع ترتيباً علمياً واضحاً في تنسيق نصوصه . وترك الكلام للمذكرة الإيضاحية للمشرع التهيدى للتقنين المدنى الجديد ، حيث تنهى هذا النقص على التقنين المدنى السابق في العبارات الآتية :

(١) وقد هجرت العملة المعدنية في العصر الحاضر ، وحل محلها العملة الورقية .

(٢) خمس التقنين المدنى السابق عقد البيع بمائة وإحدى وعشرين مادة وزعت على سبعة فروع ، فكان حظه من التنظيم أوفر من أى عقد آخر .

وأما البيع بوجه عام ، فلم يراع فيه التقنين الحالي ( السابق ) ترتيباً علمياً واضحاً . فقد خصص الفصل الأول لأحكام البيع ، ولكنه لا يكاد يذكر شيئاً من هذه الأحكام ، بل هو يعرف البيع ، ويذكر أركانه وأوصافه ، وبين كيف يكون إثباته ، ويستعرض حالات معينة فيه ( بيع الجزاف والبيع بالتقدير والبيع بشرط التجربة ) ، ثم يقرر أن مصروفات العقد على المشتري وهذه هي المسألة الوحيدة التي يمكن إدخالها في أحكام البيع . أما المسائل الأخرى فمن الواضح أن العنوان الذي وضع لها لا يصدق عليها ، ثم إن كثيراً منها ليس إلا تكراراً لا فائدة فيه للقواعد العامة ، كالأثبات ( م ٣٠٣-٣٠٧/٢٣٧ ) والبيع المعلق على شرط أو المقترن بأجل ( م ٣٠٤/٢٣٨ ) والبيع التخيري ( م ٣١٠/٢٤٤ ) . وخصص الفصل الثاني للمتعاقدين ، فذكر الأهلية والرضا وخيار الرؤية ، ثم انتقل إلى بيع المريض مرض الموت وبيع عمال القضاء وبيع الثائب لنفسه . وظاهر أن هذا خلط لا مسوغ له بين أركان العقد وأنواع معينة من البيوع كان الواجب أن يفرد كل نوع منها بمكان خاص كما قدمنا (١) . وخصص الفصل الثالث للبيع وقد التزم فيه شيئاً من المنطق ، إلا أنه أورد في هذا الفصل بيع ملك الغير وكان الواجب إفراده بمكان خاص (٢) . وخصص الفصل الرابع لما يترتب على البيع ، والظاهر أنه يريد أحكام البيع الذي عنوانها خطأ الفصل الأول . وقد بنى في هذا الفصل التزامات البائع والتزامات المشتري على ترتيب لا يؤخذ عليه عيب واضح . وخصص الفصل الخامس للغبن في البيع ، وكان الأولى ألا يتفصل هذا الموضوع عن مكانه الطبيعي عند الكلام في تقدير الغبن (٣) .

(١) هذه مسألة فيها نظر . فقد عمدنا ، في شرحنا هذا البيع ، إلى أن نضع هذه المسائل في أركان البيع في الأماكن المناسبة . فالبيع لعمال القضاء هو بيع لحقوق متنازع فيها ، ويتصل هذا اتصالاً وثيقاً بركن البيع هو المبيع . وبيع المريض مرض الموت يتصل أيضاً بالمبيع ، من حيث تقييد تصرف المريض في شيء مملوك له رعاية لحق الورثة . وبيع الثائب لنفسه يدخل في النيابة في التعاقد ، وهذه تتصل اتصالاً وثيقاً بالتراضي فترك في البيع ، فيجوز صدور الرضا من الأصل أو من الثائب .

(٢) وهذه أيضاً مسألة فيها نظر . فيجب ملك الغير يتصل بالمبيع ، من حيث إن الأصل إن يكون المبيع مملوكاً للبائع ، وهذا يمر إلى الكلام في بيع ملك الغير . وهذا ما فعلناه في شرحنا .

(٣) مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٧ - ٨ ص ٨ .



#### ١٤ - تنظيم عقد البيع في التقنين المدني الجديد - ما استثمرت هذا

التقنين من التعديلات : أما التقنين المدني الجديد فقد كان أسد منطقاً في ترتيب نصوصه ، إذا استعرض في أقسام ثلاثة رئيسية أركان البيع والتزامات البائع والتزامات المشتري .

ففي أركان البيع خص بالذكر المبيع والثمن ، استعرض حالات البيع بالعينة والبيع بشرط التجربة وبيع المذاق ، واشترط في الثمن أن يكون مقدراً مقدراً أو قابلاً للتقدير ، ثم استطرد إلى الثمن على اعتبار أنه يرد قبدأ على حرية المتعاقدين في تقدير الثمن

واستعرض التزامات البائع ، وهي نقل الملكية والتسليم والضمان . فقرر في الالتزام بنقل الملكية ما هي الأعمال التي يجب أن يقوم بها البائع لتنفيذ هذا الالتزام ، وكيف تنتقل الملكية في الشيء المبيع جزأاً . وفي الالتزام بتسليم المبيع ذكر على أي شيء يقع التسليم ، وحدد طريقة التسليم ، وعرض لحالة هلاك المبيع قبل التسليم فينبى على من تقع نعمة هذا الهلاك . وفي الالتزام بالضمان ميز بين ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية ، وبين في كل منهما متى يوجد الضمان وماذا يترتب عليه .

واستعرض أخيراً التزامات المشتري ، وهي دفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع . فقرر في الالتزام بدفع الثمن ما الذي يدفعه المشتري ، وبين مكان الوفاء وزمانه ، ثم ذكر ما يترتب من جزاء على عدم الوفاء بالثمن . واقتصر في الالتزام بدفع المصروفات على تقرير هذا الالتزام ، وفي الالتزام بتسليم المبيع على تقرير الزمان والمكان اللذين يتم فيهما التسليم ومن الذي يتحمل نفقته .

وقد توخى التقنين المدني الجديد في كل ما تقدم ألا يقرر حكماً يكون مجرد تطبيق للقواعد العامة ، إلا إذا كان فيه شيء من الخفاء ، أو كان في حاجة إلى تعديد ، أو كان من الأهمية العملية بحيث يحسن أن يسترحى له النظر (١) . وإذا

---

(١) مجموعة الأصول التمهيدية ٤ ص ٨ - ٩ - ومثل تلك الماكزة الإيضاحية المشروح التمهيدى فتقول : « من ذلك تعديد الأصول الضرورية لنقل الملكية ، ونقل الملكية =

كان الثنتين المذنى السابق قد تبسط في تنظيم عقد البيع على النحو الذى قدمناه ، فان الثنتين المذنى الجديد وجد مع ذلك السيل واسماً إلى التنقيح ، فأضاف نصوصاً جديدة ، وحذف نصوصاً معقدة ، وعدل أحكاماً معينة ، وصحح أخطاء وقعت في بعض النصوص . وهذه أمثلة على ما تقدم وردت في المذكرة الإيضاحية للمشروع المتهيدى (١) :

« أضاف نصوصاً جديدة في البيع بالعينة ، وتقدير الثمن تبعاً لأسس معينة أو وفقاً للسعر المتداول في التجارة والبيع بثمن مقسط ، وأبقى حق المشتري في ضمان الاستحقاق حتى لو اعترف وهو حسن النية بحق المتعرض ، كما أثبت للبائع حق التخلص من هذا الضمان إذا هو رد للمشتري ما دفعه للمستحق توقياً من استحقاق المبيع ، وأضاف إلى ضمان العيوب الخفية ضمان صلاحية المبيع للعمل » .

« وحذف نصوصاً معقدة أو نصوصاً لا تعدو أن تكون مجرد تطبيق للقواعد العامة دون أن يكون في ذكرها فائدة . من ذلك إثبات البيع وما يخل عليه من الأوصاف ، وأهلية كل من البائع والمشتري ، وعبوب الرضاء ، والبيع للأسمى ، والشروط العامة لمحل الالتزام ، والأثر الرجعى للشرط ، وظهور العيب في بعض الأشياء المبيعة دون البعض الآخر ، وحدث عيب جديد يعد العيب القديم ، وهلاك المبيع بسبب العيب القديم ، وهلاكه بسبب عيب جديد أو بحادث قهرى » .

« وعدل أحكاماً معينة ، وحدد أحكاماً مهمة ، وأوجز في أحكام مسببة . من ذلك البيع بشرط التجربة والفرق بينه وبين بيع المذات ، وعلم المشتري بالشئ المبيع ، وضمان القدر الذى يشتمل عليه المبيع ، وتبعة الهلاك الجزئى ، وثبوت ضمان الاستحقاق ولو كان حق الغير شخصياً ، وتقادم دعوى ضمان العيوب الخفية سنة من وقت تسليم المبيع لا بثمانية أيام من وقت العلم بالعيب » .

---

== في الشئ المبيع جزافاً ، وبيان الطريقة في تسليم المبيع ، وتبعة هلاك المبيع قبل التسليم الاتفاق على تعديل الفناء ، وحسب الثمن ، وحسب المبيع ، ونسخ بيع المنقول لدم الوفاء بالثمن » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ - ص ٩ - ص ١٠ ) .  
(١) مجموعة الأصول التحضيرية ٤ ص ١٠ - ص ١٢ .

« وصحح أخطاء وقع فيها التقنين الحالى (السابق) . من ذلك تبعة الملاك قبل التسليم فى البيع بالتقدير ، وأحكام بيع المريض مرض الموت ، ونقل الملكية بالتسليم فى المنقول » :

« هذا إلى أن ( التقنين الجديد ) نقل موضوعات من البيع إلى الالتزامات بوجه عام أو إلى الملكية لأنها موضوعات عامة تجاوز حدود البيع . من ذلك حوالة الدين ، وبيع الحقوق فى التركات المنتظرة ، وهلاك المبيع فى البيع المعلق على شرط ، ونقل الملكية فى القمار والمنقول بالعقد ، وإضعاف التأمينات ، ونظرة المبصرة » .

١٥ - مخطط البحث : والخطة التى تتبعها فى بحث عقد البيع أن نتكلم فى أركان هذا العقد ، ثم فى الآثار التى تترتب عليه فى فصلين متعاقبين .

ونبحث أنواع البيوع التى أفرد لها التقنين الجديد مكاناً خاصاً بها - بيع الوفاء وبيع ملك الغير وبيع الحقوق المتنازع عليها وبيع التركة والبيع فى مرض الموت وبيع الثابت لنفسه - كل نوع فى المكان المناسب له فى الفصل الأول الذى خصصناه لأركان البيع . وإذا كان المشرع ، من ناحية السياسة التشريعية ، وجد من المناسب أن يجمع هذه الأنواع من البيوع وأن يفرد لها مكاناً خاصاً بها حتى يسهل العثور عليها ، فإن الفقيه من ناحية البحث العلمى ، يتردد كثيراً فى تعقب أثر المشرع فى هذه الخطة ، ويجد من الأنسب أن يفرغ على كل نوع من هذه البيوع الثوب الفقهى الذى يلائمه فى البيئة التى ينشأ إليها ، فإن هذا يعين كثيراً على تفهم طبيعة كل نوع ، فيسهل بذلك تكييفه تكييفاً قانونياً صحيحاً ، وهذا من أخص أعمال الفقه . ولا يصعب بعد ذلك العثور على كل نوع منها فى المكان المناسب له ، ولا إيراد النواحي العملية وتطبيقات القضاء فى كل نوع ، بحيث يمتزج كل هذا بتأصيل فقهى سليم يساعد كثيراً على إدراك حفظ هذه التطبيقات العملية من الإصاغة والسداد :

## الفصل الأول

### أركان البيع

\*\*\*

١٦ - **نظير القواعد العامة** : أركان العقد ، في نظريته العامة ، هي التراضي والمحل والسبب . والسبب في عقد البيع لا جديد يقال فيه يزيد على ما قبل في نظرية السبب في العقد بوجه عام . ويبقى بعد ذلك ركنان للبيع : التراضي والمحل .

## الفرع الأول

### التراضي في عقد البيع

١٧ - **شروط الانعقاد وشروط الصحة والبيع المشروع** : هناك شروط لانعقاد في التراضي ، وشروط للصحة . وقد رأينا كل ذلك في العقد بوجه عام ، فنطبق هنا القواعد العامة على عقد البيع بالذات ولما كانت هناك أوصاف كثيرة تلحق على الالتزامات العقدية ، فإن البيع من أوفر العقود حظاً في هذه الأوصاف ، وبخاصة في وصف منها هو الشرط .

فتكلم إذن ، في مباحث ثلاثة متعاقبة ، في شروط الانعقاد في عقد البيع ، ثم في شروط الصحة ، وننتهي بالكلام في بعض بيوع مشروطة لها شأن ملحوظ في مجال التعامل .

## شروط الانعقاد

١٨ - التبايع أصالة والنيابة في التبايع : الأصل أن يتبايع المتعاقدان أصالة عن نفسيهما (١) . ولكن كثيراً ما يتم التبايع بطريق النيابة ، إما عن البائع وإما عن المشتري وإما عن كليهما .

## المطلب الأول

### التبايع أصالة

١٩ - القواعد العامة : عرفنا في القواعد العامة لنظرية العقد أن شروط الانعقاد في التراخي هي ثلاث القبول بالإيجاب وتطابقهما . وقد يكون التعاقد بين غائبين ، فيتم العقد في الزمان والمكان الذين يصل فيهما القبول إلى علم الموجب (٢) ، ويعتبر وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به إلى أن يثبت العكس . وقد بسطنا القول في كل ذلك في النظرية العامة في العقد ، فتطبق هذه الأحكام في عقد البيع على النحو الذي قدمناه (٣) .

(١) وهناك حالات نص عليها قانون بيع فيما للغير على صاحبه فلا يشترط رضا ، مثل ذلك نزع ملكية لغيره وفناء لبنين على صاحبه ونزع الملكية للمصلحة العامة ( بلانويول وريجنر ومادل ١٠٠قرة ٢٧ ) .

(٢) استئناف وطني ٢٥ مارس سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٨ ص ٢٢٨ - استئناف سطيف ٣ يولييه سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٠ .

(٣) ف يجوز التصير عن البيع والشراء بالقسط والكتابة والإشارة والسكوت ، ويكون التصير صريحاً أو ضمنياً . ويجوز الدلول عن الإيجاب قبل أن يرتبط به القبول ، إلا إذا عين في الإيجاب مهلة لقبوله فيلزم الموجب البقاء على إيجابه طول هذا المدة . وإذا مات من صدر منه القبول أو فقد أهليه قبل أن يصل القبول إلى الموجب ، فإن ذلك لا يمنع من أن يتم البيع إذا وصل القبول إلى علم الموجب . فهذه الأحكام جسيماً وغيرها من الأحكام التي سبق أن أوردناها في نظرية الالتزام بوجه عام في صدد العقد تسري على البيع كما تسري على العقود الأخرى ، فيرجع في ذلك إلى الجزء الأول من الوسيط حيث ذكرت هذه الأحكام تفصيلاً .

وقد يكون البيع سورياً ، وقد بحثنا الصورية في الجزء الثاني من الوسط ، فنحيل إلى ما قدمناه في ذلك .

وقد يسنّ البيع مرحلة تمهيدية ، وهذه هي الوعد بالبيع والبيع الابتدائي والبيع بالعربون .

وقد يتقابل المتبايعان البيع بعد أن أبرماه ، والتقابل عقد جديد يفسخ البيع الأول . وقد أشرنا إلى أحكام التقابل في النظرية العامة للعقد في الجزء الأول من الوسيط .

والذي تقف عنده هنا مسألتان نطبق فيها القواعد العامة لنظرية العقد على عقد البيع بالذات :

(١) تطابق الإيجاب والقبول ، من ناحية العناصر التي يتم فيها هذا التطابق ، ومن ناحية بعض الصور العملية للإيجاب والقبول ، ومن ناحية شكل البيع وطرق إيجائه وقواعده تفسيره .

(٢) الوعد بالبيع والبيع الابتدائي والبيع بالعربون .

#### ١٤ - تطابق الإيجاب والقبول

#### ٢٠ - العناصر التي يتطابق فيها الإيجاب والقبول : كانت المادة ٥٥٧

من المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد تجرى على الوجه الآتي : « يتم البيع برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء ، وباتفاقهما على المبيع والتمن . » وهذا النص مأخوذ من المادة ٣٠١/٢٣٦ من التقنين المدني السابق ، وكانت تنص على أنه « لا يتم البيع إلا إذا كان برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وباتفاقهما على المبيع وثمنه . » ولما تلى نص المشروع التمهيدى في لجنة المراجعة ، قررت هذه اللجنة حذفه ، لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة (١) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤ - ص ١٥ في المامش . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي : « النص مطابق للتقنين المصري الحالي (سابق) ٢٣٦٦ / ٣٠١ . وهو وإن كان مجرد تطبيق للقواعد العامة ، إلا أنه يرمي إلى »

فيجب إذن أن يتفق المتعاقدان على طبيعة العقد الذي يقصدان إبرامه ، وهو البيع . فلو قصد أحدهما رهناً وقصد الآخر بيعاً ، بأن قال صاحب الدار للمتعاقد الآخر خذ هذه الدار وأعطني ألفاً وقصد أن يرهنها بهذا المبلغ ، وقبل الآخر هذا الإيجاب معتقداً أن صاحب الدار يبيعها ليرهنها ، فإن الإيجاب والقبول لم يتطابقا لا على البيع ولا على الرهن ، فلا يوجد بيع ولا رهن .

ويجب أن يتفقا على الشيء المبيع ، فلو كان البائع داران وعرض على شخص أن يبيعه إحداهما فظن هذا أنه يبيع الدار الأخرى قبل شراءها لم يتم البيع ، لأن المتعاقدين لم يتفقا على المبيع فقد قصد البائع أن يبيع داراً وقصد المشتري أن يشتري أخرى .

ويجب أخيراً أن يتفقا على الثمن ، فلو طلب البائع في الدار ألفاً ولم يقبل المشتري أن يشتريها إلا بتسعة مائة لم يتم البيع لأن المتبايعين لم يتفقا على الثمن (١) .

== غرضين : ( أولاً ) أن يحدد بذكر المبيع والتمن لإيراد النصوص الخاصة بكل من هذين الركنين . ( ثانياً ) أن يبين أن البيع عقد رضائي لا يشترط في تمامه تسجيل ولا كتابة .  
وقد نصت المادة ٢٨٨ من تقنين الموجبات والنفود الجنائي على أنه « لا يكون البيع تاماً إلا إذا اتفق المتعاقدان على نوع العقد وعلى المبيع والتمن » ونصت المادة ٢٧٣ من نفس التقنين على أن « صحة البيع تنصرف على اتفاق المتعاقدين على مادية العقد وعلى المبيع والتمن والشرائط العامة لصحة الموجبات المنقضية » .

(١) نقض مدني ٩ يونيو سنة ١٩٤٩ مجموعة صر ٥ رقم ٤٣٣ ص ٧٩٧ - ويعرض الفقه الفرنسي مقتضياً أثر بوتيه لفرض بيعه الوقوع في العمل : يطلب البائع في الدار ألفاً ويقبل المشتري أن يشتريها بألف ومائتين ، فهل يكون هناك اتفاق على الثمن ؟ يدعى بوتيه إلى أن المشتري وقد رضى أن يشتري بألف ومائتين يكون راضياً دون شك أن يشتري بألف ، فتم البيع على ألف ( بوتيه في البيع فقرة ٣٦ - بوردو وسينيا فقرة ٢١ ص ١٥ ) . وإذا قيل إن البائع وقد رضى أن يبيع بألف يكون راضياً دون شك أن يبيع بألف ومائتين فلم لا يتم البيع على ألف ومائتين ، أمكن رد هذا الاعتراض بأن الحل الأسهل للمزيم بالتمن - هو المشتري - هو الحل الذي يؤخذ به ، فتم البيع على ألف لا على ألف ومائتين . وتنص المادة ١٧٨ من مجلة الأحكام العدلية على أنه « تكن مرافقة القبول للإيجاب قسماً ، فلو قال البائع المشتري يبتلك هذا المال بألف قرش ، وقال المشتري اشتريته منك بألف وخمسة ، انقضى البيع على الألف ، إلا أنه لو قبل البائع هذه الزيادة في المجلس لزم المشتري حينئذ أن يعطيه خمائة قرش إلى زاحداً أيضاً وكذا لو قال المشتري البائع اشتريته منك هذا المال بألف قرش ، فقبل البائع بته منك بتأخاثة يشهد البيع ويلزم تقزيل المائتين من الألف »





إذن حتى لو سكنت المتبايعان عن تحديد وقت تسليم المبيع، أو عن تحديد وقت دفع الثمن، أو عما إذا كان الثمن الموزع ينتج فوائد أو لا ينتج، أو عن يلزم بدفع مصروفات البيع، أو عن نحو ذلك من المسائل. فإدام المتبايعان قد اتفقا على البيع والمبيع والثمن فقد تم البيع (١)، ويكون المبيع واجب التسليم فوراً، ويكون الثمن واجب الدفع في الحال، وإذا كان الثمن مؤجلاً ولم يتفق على فوائد

== نالذاً في حق الغير حتى لو سجل (٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٥٦-٢٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٩٩-١٠٠) وحكم يكون نافذاً في حق الغير لو سجل (٥ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٤٨). ولا يجوز الاحتجاج بعدم توقيع المشتري على عقد البيع إلا من له مصلحة في ذلك. كقوله: كثر آخر من البائع أو دائن مرتين (١٥ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٧٤-١٩ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٨). وقضت محكمة الاستئناف المختصة أيضاً بأن مجرد إرسال كتاب من صاحب السلعة يعرض سلمته لا يكون إلا إيجاباً غير مقترن بقبول الطرف الآخر (٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٦٤) وبأن مداول مجلس إدارة الشركة لا ترضى للغير الشركة في إيقاع البيع لا تضر لإيجاباً (٢٥ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩٠).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رأت المحكمة أن البسارة المحررة في مفكرة المبيع والموقع عليها من المبيع عليه، المتضمنة التزام الموقع بأن يبيع للمبيع الصف المبيته أنواعه وأوصافه فيها ومقدار كل نوع منه ونحوه وتشمل كل البيانات اللازمة لتراير أركان عقد البيع ولو أنها مذبذبة ببسارة وهذا حين تحرير الشروط، ثم عرضت لتنفيذ هذا الاتفاق فترأت أن نية المتبايعين فيما يتعلق بباقي شروط البيع من تسليم المبيع ودفع ثمنه قد توضح من الطريقة التي بينها في حكمها وقالت إنها انتهاما طوال مدة تنفيذ هذا العقد، فإنها إذ استظهرت توافر أركان التعاقد من التمسك بالمأخوذ على البائع ومن تنفيذه جزئياً، وإذ استكلت شروط الاتفاق من العناصر الأخرى القائمة في الدعوى، تكون قد استخلصت ذلك في تنفيذه، فلا تمنع مناقشتها فيه أمام محكمة النقض لتسلفه بسلطة محكمة الموضوع في تقرير الوقائع (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٧ ص ١٥٤). وقضت من جهة أخرى بأن متى كان الإقرار بالتناذر على تكييفه صريحاً في الإنصاح من قبول المقر البيع بالشروط التي أرفقها، وكان التمسك بهذا الإقرار يتلوع في انعقاد البيع على أساس هذه الشروط، فلا يمكن مع هذا القول بتلوع الإيجاب والقبول اللازمين لانعقاد البيع، واختلاف الطرفين على مساحة المبيع وحدوده يجعل البيع غير منتهك لعدم الاتفاق على العين المبيته (نقض مدني ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٦ ص ٢٠٣). وقضت بأنه إذا أورد عقد البيع وإن أمارة عند اجنبى، وقرر الاجنبى أن السجب في الإبداع هو أن البائع كان بأع نفس المبيع لشخص آخر واشترط ألا يكون هذا البيع الثاني باتاً إلا بعد التنازل من البيع الأول، كيف البيع الثاني بأنه بيع مطلق على شرط واقف هو التنازل من البيع الأول (نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٦ ص ١٨٥).

لم تستحق الفوائد إلا في حالات خاصة ، وإذا لم يعرض المتبايعان لمن يلتزم بدفع مصروفات البيع فالمصروفات على المشتري . فها نحن نرى أن هذه المسائل التي لم يعرض لها المتبايعان قد تكفل القانون بحلها ، ولا يجوز بعد أن تم العقد على النحو الذي قدمناه لأحد من المتعاقدين أن يعدل عنه دون رضا المتعاقد الآخر (١) .

ولكن إذا عرض المتعاقدان لشيء من هذه المسائل - ميعاد تسليم المبيع أو ميعاد دفع الثمن الخ - ولم يتفقا على مسألة منها ، فإن البيع لا يتم ، لأنهما عرضا للمسألة ولم يتفقا عليها . وكذلك الحكم إذا احتفظ أحد المتبايعين بمسألة للاتفاق عليها فيما بعد ، فاحتفاظ المتعاقد بمسألة دليل على أنه قصد ألا يتم البيع إلا بعد الاتفاق عليها . ومع ذلك فقد نصت المادة ٩٥ مدنى على أنه وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقا عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (٢) .  
وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً في الجزء الأول من الوسيط (٣) .

وسبق كذلك بيان أن الأصل في الإيجاب ألا يكون مازماً ، فيجوز للموجب الرجوع عنه إلى أن يلتقى به القبول . ولكن إذا مات من صدر له الإيجاب أو فقد أهليته بعد صدور القبول منه ، فإن ذلك لا يمنع من تمام البيع عند اتصال القبول بعلم الموجب ، وهذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل (٤) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الشاهد من وقائع الدعوى التي أوردتها الحكم أن وأغب الشراء بعد أن قبل عرض البائع قد بادر إلى المطالبة بتمام الصفقة ، ووجه في الوقت المناسب إنذاراً للبائع بتكليفه المحصور لتحرير العقد الرسمى ، وانتهى الحكم رغم ذلك إلى القول بأن المشتري يعدل عن الصفقة ، ولم يدعم قضاءه بذلك بأدلة من شأنها أن تؤدى إليه ، بل كان كل ما قاله لا يبرر ما خلاص إليه ، فإنه يكون معيماً متيناً لنفسه ( نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٧ ص ٧٢٩ ) .

(٢) مثل ذلك الاحتفاظ بمسألة تعيين من يتحمل من المتبايعين مصروفات تخزين المبيع المدة التي بقى فيها مخزوناً ، فعدم الاتفاق عليها بعد ذلك لا يمنع من تمام البيع ، وتبين المحكمة المتعاقد الذي يتحمل هذه المصروفات طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة .

(٣) الوسيط ١ فقرة ١١١ .

(٤) م ٩٢ مدنى - الوسيط ١ فقرة ٨٢ .

٢١ - صور عملية للإيجاب : قد يتخذ الإيجاب صوراً عملية مألوفة ، فتعتمد المتاجر إلى عرض سلعها عن طريق النشرات والإعلانات وه الكتالوجات وغيرها من وسائل الدعاية ، وتضع بياناً تفصيلياً لما تتجر فيه من السلع ، وتذكر أمام كل سلعة ثمنها . وقد يعمد المتجر إلى عرض عينات من السلع التي يبيعها على الجمهور في واجهة المكان الذي يتجر فيه ، ويضع إلى جانب كل سلعة منها بياناً بالثمن الذي يبيعها به (١) .

كل هذه صور عملية للإيجاب أصبحت الآن مألوفة في التجارة ، والخصيصة التي تشترك جميعاً فيها هي أن الإيجاب موجه لغير شخص معين بالذات ، إذ هو موجه للجمهور في مجموعه دون تمييز بين شخص وآخر . ومع ذلك يعتبر هذا إيجاباً صحيحاً ، لأن الموجب لا يعنيه شخص من يوجه إليه الإيجاب ، ولا يهمه إلا أن يبيع سلعته لأي شخص يتقدم لشراؤها بالثمن الذي حدده لها . ومن ثم إذا تقدم أي شخص من جمهور الناس إلى المتجر ، وقبل أن يشتري السلعة المبينة في النشرة أو في الإعلان أو الكتالوج أو الموضوع في الواجهة بالثمن المحدد لها ، كان هذا قبولاً صحيحاً للإيجاب قائم ، ويتم عقد البيع على هذا الوجه بتطابق الإيجاب والقبول . ولا يستطيع صاحب المتجر أن يرفض ، بعد أن تم العقد على هذا الوجه ، تسليم السلعة للمشتري .  
على أن هذا الحكم ترد عليه القيود الآتية :

١ - عرض السلع على الجمهور عن طريق النشرات والإعلانات و الكتالوجات ، يكون في الغالب دعوة إلى التعاقد لا إيجاباً كاملاً ، فإذا تقدم شخص إلى صاحب المتجر وطلب منه أن يبيع له سلعة من السلع المبينة في نشرة أو إعلان أو كتالوج ، غير موجه إليه شخصياً ، كان هذا إيجاباً من صاحب

---

(١) وقد جاء في الجزء الأول من الوسيط في هذا الصدد : « ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أى موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود . فعرض التاجر لبضائمه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً ، ووقوف عربات الركوب ونحوها في الأماكن المخصصة لذلك عرض صريح على الجمهور ، ووضع آلة ميكانيكية لتأدية حمل معين كميزان أو آلة لبيع الحلوة أو لتوزيع طوابيع البريد أو نحو ذلك ، كل هذا يعد تعبيراً صريحاً . (الوسيط ١ ققرة ٧٦ ص ١٧٦) »

السلعة لا قبولاً ، وبصدر القبول بعد ذلك من صاحب المتجر ، ولكن لا يجوز له أن يرفض القبول بعد أن دعا إلى شراء سلعته إلا إذا استند في ذلك إلى أسباب مشروعة (١) . أما إذا كانت النشرة أو الإعلان أو الكتالوج قد أرسل إلى شخص بالذات بعنوانه الشخصي ، وقد قصد صاحب المتجر أن يوجه إليه إيجاباً ، فإن هذا يعتبر إيجاباً كاملاً ، فإذا استجاب له من وجه إليه كان هذا قبولاً وتم البيع ، ولا يستطيع صاحب المتجر بعد ذلك أن يرجع في تعاقده . وكذلك عرض السلعة في واجهة المكان مصحوبة ببيان ثمنها يعتبر إيجاباً لا مجرد دعوة للتعاقد ، بالرغم من أن الإيجاب هنا موجه للجمهور لا لشخص معين بالذات ، فإذا قبل شخص هذا العرض كان هذا قبولاً وتم البيع . أما إذا كانت السلعة غير معروضة في واجهة المكان ، بل كانت داخل المتجر مصحوبة ببيان ثمنها . وكان دخول المتجر مباحاً للجمهور كما هي العادة ، وعرض صاحب المتجر على العميل سلعته وقد بين عليها ثمنها ، اعتبر هذا إيجاباً منه إذا قبله العميل

---

(١) وقد كان المشروع التهديى التقنين المدنى الجديد يشتمل على نص في هذا المعنى حذف اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، فكانت المادة ١٣٦ من هذا المشروع تنص على أنه « يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفض ، ما لم يكن قد دعا إليه فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ - ص ٤٦) . وجاء في الجزء الأول من الوسيط في هذا الصدد : « والتطبيقات العملية لهذا النص كثيرة متنوعة . فهناك طوائف من الناس تستحث غيرهما على الإيجاب وتدعوم إليه ، كالنجار في النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التي يوجهونها إلى الجمهور ، وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون أبوابهم للطارق ، وكأرباب الصناعات يدعون العمال إلى العمل في صناعاتهم . فإذا استجيب هذه الدعوة إلى التعاقد ، كانت الاستجابة إيجاباً ممتاز عما عداه من ضروب الإيجاب لأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع . وقد عالت المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديى هذا الحكم المبادل عما يأتي : « وليس هذا الأثر القانونى إلا نتيجة للحالة التي أنشأها صاحب الدعوة ، بل وتطبيقاً من تطبيقات مبدأ جامع هو مبدأ إساءة استعمال الحق ، أو التسلف في استعماله . على أن الإساءة في هذا الفرض ترد على مجرد رخصة من الرخص ، وهذه خصوصية تسترعى الانتباه . وقد تمدد المشرع إغفال تعيين الجزء الذي يتوقف على الرفض التمسك . فقل هذا الرفض رقيب مسئولية لاشك فيها . فيجوز أن يقتصر التوفض على مبلغ من المال ، إذا كان هذا الجزء كافياً . ويجوز لقاضي في بعض القروض أن ينهب إلى ما هو أبعد ، فيعتبر أن المقدد قد تم على سبيل التوفض إذا كان في الظروف ما يوجب ذلك : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ في الهامش ( الوسيط ١ ص ٢١٦ - ٢١٧ ) .

تم البيع ، أما إذ لم يبين على السلعة الثمن ، أو كانت هناك بيانات عن الثمن لا يستطيع العميل إدراك معناها وقد قصد بها أن ترشد صاحب المتجر إلى تحديد الثمن ، فإن عرض السلعة على العميل في هذه الحالة لا يعتبر إيجاباً ، بل يجب أن يبين صاحب المتجر ثمن السلعة حتى يقوم الإيجاب .

٢ - في الحالات التي يقوم فيها الإيجاب من صاحب المتجر ، وبخاصة عن طريق النشرات والإعلانات والكتالوجات ، يكون المفروض أن صاحب المتجر يعرض سلعته ما يبقى عنده منها شيء . فإذا نفدت السلعة ، ثم أتى عميل بعد ذلك يطلبها ، كان لصاحب المتجر أن يعتبر نفاذ السلعة بمثابة رجوع منه في الإيجاب جرى العرف أن ينتج أثره من غير حاجة إلى إعلانه (١) ، فلا يكون التاجر ملزماً بإجابة العميل إلى طلبه .

٣ - الإيجاب الذي يقوم على هذا الوجه قد يحدد له ميعاد يبقى فيه قائماً ، فإذا انقضى الميعاد سقط الإيجاب من تلقاء نفسه . أما إذا لم يحدد ميعاد ، فالمفروض أن صاحب المتجر إنما قصد أن يقوم إيجابه في خلال مدة معقولة تحدد حسب ظروف المتجر ونوع البضاعة والمألوف في التجارة . فإذا تقدم عميل بعد انقضاء هذه المدة ، لم يكن التاجر ملزماً بإجابته إلى طلبه .

٤ - إذا لم يكن عند صاحب المتجر شيء من السلعة وقت أن أصدر إيجابه على النحو السابق ، فليس ذلك مبرراً إلى أنه لا يجب أى عمل إلى ما يطلب ، وإلا كان الإيجاب الذي أصدره لا معنى له . وإنما هو أراد بإيجابه أن يتعهد لمن يطلب السلعة بأن يوردها له في وقت مناسب . فإذ دامت المدة المعقولة لقيام الإيجاب لم تنقض ، كان لأى عميل الحق في طلب السلعة بالثمن المحدد ، وعلى صاحب السلعة توريدها له في وقت مناسب بهذا الثمن ، وليس له أن يمتنع بأن السلعة لم تكن عنده ليكون حكمها حكم السلعة التي نفدت (٢) .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل في هذا الصدد

---

(١) أو يقال إن الإيجاب يقوم ما دامت السلعة موجودة عند التاجر ، فإذا نفدت سقط الإيجاب من تلقاء نفسه .

(٢) أنظر في كل ما تقدم من القيود يوردى وسيتيا فقرة ٤٦ - فقرة ٥٥ .  
(الوسيط - م ٤)

على النص الآتى ( م ١٤٣ من المشروع ) : ١١ - يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً . ٢ - أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد ، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً ، ولما يكون دعوة إلى التفاوض (١) . محذفت لجنة المراجعة هذا النص لعدم الحاجة إليه ، إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه (٢) .

## ٢٢ - شكل عقد البيع : ويخلص مما تقدم أن عقد البيع ليس له شكل

خاص ، فهو ليس بعقد شكلى ، بل هو عقد رضائى . فتنى الاتفاق على البيع والمبيع والتمن ، فقد تم البيع ، دون حاجة إلى ورقة رسمية بل ولا إلى ورقة هرفية . فجرد تطابق الإيجاب والقبول يكتفى ، شأن البيع فى ذلك شأن كل عقد من عقود التراضى (٣) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى الصدد : « وقد تقدم فى الفقرة الثانية من المادة ١٣٤ من المشروع أن النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التى يجرى التعامل بها وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد تعتبر فى الأصل دعوة لبحث الناس على الإيجاب . فليس ينصرف حكم النص إلى الصورة التى يوجهها إلى الإيجاب التام الذى يترتب على ارتباط تماقضى متى اقترن به القبول ، وإنما ينصرف هذا الحكم إلى مجرد الدعوة لتقديم بالإيجاب والاستجابة لهذه الدعوة هى التى تعتبر إيجاباً نهائياً ملزماً ، يتنازع عايداه من ظروف الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ فى الماشى ) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١ فى الماشى - الوسيط ١ ص ١٧٦ هامش رقم ١ .  
(٣) استئناف وطقى ١٥ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٩٧ - ٤ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٢٢٦ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٥ ص ٢٠١ - استئناف مختلط ٢ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٦٢ .

وتنص المادة ٣٧٦ من تقنين الموجبات والمقود البنائى على أنه « يجوز أن يكون البيع خطياً أو شفهاً مع مراعاة القواعد الموضوعة لبيع الأموال الثابتة » . وكان التقنين المدنى المصرى السابق ينص صراحة على رضائية عقد البيع ، وكانت المادة ٢٣٧ وطقى حل أنه « يجوز أن يكون البيع بالكتابة أو بالمشافهة » ، وتناوبها المادة ٣٠٢ مختلط : « البيع يجوز أن يكون بالكتابة بمنته رسمى أو غير رسمى » ، والمادة ٣٠٢ مختلط : « البيع يكون بالمشافهة أو بالإشارة » . هذا ولم يغير قانون التسجيل فى المقار من رضائية البيع ، فسرى أن بيع العقار لا يزال عقداً رضائياً والتسجيل ليس ضرورياً إلا لنقل الملكية .

على أنه قد ينص القانون في بعض حالات استثنائية على شكل معين لأنواع خاصة من البيع ، وذلك كييع السفينة وبيع براءات الاختراع والعلامات التجارية (١) .

وقد يتفق الطرفان على أن يكتب بالبيع ورقة رسمية أو ورقة عرفية . وهذا الاتفاق يمكن أن يقصد به أحد أمور ثلاثة :

( الأمر الأول ) أن يكون المتبايعان قد أرادا باتفاقهما هذا بيعاً كاملاً بآنا ، وإنما انفقا على أن يعدا ورقة رسمية أو ورقة عرفية كدليل لإثبات هذا البيع ، إمعاناً منهما في الحصول على وسيلة قوية للثبات . ويسمى هذا الاتفاق بالعقد الابتدائي ، وحقيقته أنه بيع كامل يؤخذ فيه بالشفعة ، وإذا مات أحد المتبايعين قبل إعداد الورقة المتفق عليها كانت الورثة باعتبارهم ممثلين للتركة ملزمين مكانه بالمساهمة في إعداد هذه الورقة . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام في العقد الابتدائي . ولا يكون البيع الابتدائي في هذه الحالة عقداً شكلياً ، بل يبقى عقداً رضائياً ، أما البيع النهائي فيكون عقداً شكلياً بموجب الاتفاق . فإذا امتنع أحد الطرفين من المساهمة في إعداد الورقة المتفق عليها أمكن الطرف الآخر إجباره على ذلك قضاءً ، بأن يحصل على حكم بثبوت البيع منذ الاتفاق الأول ، وبحل الحكم محل الورقة العرفية أو الرسمية المتفق عليها .

( الأمر الثاني ) أن يكون المتعاقدان قد قصدا باتفاقهما مجرد وعد بالبيع ، وأن البيع لا يتم إلا عند كتابة الورقة العرفية أو الرسمية . وقد يكون هذا الوعد من جانب أحد الطرفين ، أو من جانب كل من الطرفين . فإذا أدخل الواحد

---

(١) وقد نصت المادة ٣ من تقنين التجارة البحرية على أن « بيع السفينة كلها أو بعضها اختيارياً يلزم أن يكون بسند رسمي ، سواء جعل قبل السفر أو في أثناءه ، وإلا كان البيع لاغياً » .

وإذا كان الشئ إراداً مرتباً ، لم ينفذ البيع إلا بالكتابة فيكون عقداً شكلياً ، وقد نصت المادة ٧٤٣ مدني على أن « العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً » . وتقضى المادة ٢/٣٧ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بأن كل تصرف يرد على حق المؤلفي استغلال مصنفه لا ينفذ إلا بالكتابة ، وقد يكون التصرف في المصنف بيعاً فيكون البيع في هذه الحالة شكلياً .

وتعتبر بيعاً شكلياً البيوع الجبرية وبيع عقار القاصر والناهب .

بالتزامه ولم يساهم في إتمام البيع بكتابة الورقة المتفق عليها ، أجبره الطرف الآخر على تنفيذ التزامه عينا بالحصول على حكم يقوم مقام عقد البيع . والبيع في هذه الحالة يكون شكلياً لا يتم إلا بكتابة الورقة المتفق عليها أو بالحكم الذي يصدر لإجراء البيع ، ولا يعتبر الحكم موجوداً إلا من وقت كتابة الورقة أو من وقت صدور الحكم ، بخلاف الحالة الأولى فقد رأينا أن البيع يكون موجوداً من وقت الاتفاق الأول .

( الأمر الثالث ) أن يكون الطرفان لم يقصدا لا بيعاً كاملاً باناً كما في الحالة الأولى ، بل ولا مجرد وعد بالبيع كما في الحالة الثانية . وإنما قصدا إعداد مشروع للبيع يحدد شروطه مبدئياً ، على أن يتم البيع بعد ذلك بكتابة الورقة العرفية أو الرسمية . وفي هذه الحالة لا يكون هذا المشروع ملزماً لأحد منهما ، ويستطيع كل منهما الامتناع عن إبرام البيع ولا يجوز للطرف الآخر إجباره على ذلك عن طريق القضاء . فإذا ما قبل الطرفان إبرام البيع بعد ذلك عن طريق كتابة الورقة المتفق عليها ، فإن البيع يتم ولكن من وقت كتابة الورقة ، ويكون البيع شكلياً في هذه الحالة (١) .

---

(١) بلانبول وريبير وهامل ١٠ - فقرة ١٧ - وانظر أيضاً لوران ٢٤ - فقرة ١٢٨ - جيوار ١ - فقرة ٩ - بودرى وسينيا فقرة ١٨٨ - وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يتضمن نصاً يقضى ، إذا اشترط المتعاقدان الكتابة ، بأن يفترض عند الشك أنها قصدا ألا يتم العقد إلا بالكتابة ، فتكون الكتابة شكلاً لا مجرد طريق للإثبات . ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص لإمكان الاستثناء عنه ، فيرجع إذن في كل حالة إلى قصد المتعاقدين ، وهل أرادا الشكل أو طريق الإثبات ، وما هي قيمة الاتفاق الابتدائي الذي أبرماه هل هو بيع كامل أو وعد بالبيع أو مجرد مشروع غير ملزم .

وتنص المادة ١٥٨٢ من التقنين المدني الفرنسي على أن البيع " يمكن حصوله بمقد رسمي أو بمقد عرفي " . وكان أصل المادة : " بيع العقارات يجب أن يحصل بالكتابة " ويمكن حصوله بمقد رسمي أو عقد عرفي " . ولكن حذف شرط الكتابة في بيع العقارات ، وبقيت المادة بمقد حذف هذا الشرط ، فأصبحت توهم أن البيع تلزم فيه الكتابة . والتفسير الصحيح لهذا النص أن المتبايعين كتابة ورقة رسمية أو ورقة عرفية إذا أرادا تحرير العقد ، أما البيع ذاته فيتم بمجرد التراضي ( لوران ٥ - فقرة ١٢٦ - فقرة ١٢٧ - جيوار ١ - فقرة ٧ - أوبري ورو ٥ - ص ٢٨ هامش رقم ١ مكرر - بودرى وسينيا ٧ - فقرة ١٨ - فقرة ١٨٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧ ص ٢٥ وهامش رقم ١ ) .



٢٣- إثبات عقد البيع: عقد البيع يثبت طبقاً للقواعد العامة في الإثبات. وتعتبر قيمة البيع بمقدار الثمن ، فإذا بيعت دار بألف كان التزام البائع ينقل ملكية الدار قيمته ألف لأن الدار قومت بهذا المقدار (١). وكان التزام المشتري بدفع الثمن قيمته ألف بطبيعة الحال .

ومن ثم يثبت عقد البيع بالينة أو بالقرائن إذا كان الثمن لا يزيد على عشرة جنيهات (٢) . فإذا زاد الثمن على هذا المقدار ، أو كان غير معلوم القيمة بأن كان إيراداً مرتباً مدى الحياة مثلاً ، لم يجوز إثبات البيع إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها طبقاً للقواعد العامة (٣). ويقوم مقام عقد البيع الحكم النهائي القاضي بوقوع البيع وصحة التعاقد (٤) .

٢٤- تفسير عقد البيع : عقد البيع ، كسائر العقود ، تجرى عليه القواعد العامة في تفسير العقد .

فإذا كانت عبارات البيع واضحة ، لم يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها

---

(١) وهذا بخلاف حوالة الحق ، فقد يباع حق معروف المقدار بشئ أقل ، فيكون التزام المبيع قيمته أكبر من قيمة التزام الحال له ( الوسيط ٣ فقرة ٢٩٢ ) .

(٢) أو كان البيع تجارياً ، وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان طرفا النزاع تاجرين ، فلا جناح على المحكمة أن هي أحالت الدعوى على التحقيق لثبت المدعى صدور بيع منه إل المدعى عليه بقيمة الأشياء البينة ، وذلك لأن الإثبات في المواد التجارية جائز بكافة طرق الإثبات ( نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٨ ص ٤٥٨ ) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز إثبات البيع التجاري بالقرائن كتصدير البضاعة للمشتري وتسليمها إياه ( ٢٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٢٦ ) ، وقضت أيضاً بأنه يجوز إثبات البيع التجاري بمقتضى صادرة من البائع ومقبولة من سمسار المشتري ( ٨ يناير سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ١٢١ ) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا قدم المشتري إيصالاً بالثمن بتوقيع البائع ، عد الإيصال يبدأ ثبوت الكتابة ببيع إثبات مساحة الأرض المبيعة وحدودها ووتوقع البيع باتا بالينة ( ١٥ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٨٩ ) .

(٤) استئناف مختلط سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٢ - وقد كانت العبارة الأخيرة من المادة ٣٠٣/٢٣٧ من التفتين المدني السابق تنص صراحة على تطبيق القواعد العامة في الإثبات فتقول : « إننا في حالة الإنكار تتبع القواعد المقررة في القانون بشأن الإثبات » .

للتعرف على إرادة المتبايعين (م ١/١٥٠ مدني) . ففي تفسير الشروط الظاهرة لا يتميز محكمة النقض لقاضي الموضوع أن ينحرف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر ، ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريفاً لها ومسحاً وتشوهاً مما يوجب نقض الحكم .

أما إذا كانت عبارات البيع غير واضحة ، وجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ (٢/١٥٠ مدني) . ويستلزم للقاضي ، للكشف عن هذه النية المشتركة ، بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات .

وإذا قام شك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين ، فسر عقد البيع بما فيه مصلحة الملتزم ، البائع أو المشتري ، فإن كلا منهما ملتزم بعقد البيع (م ١/١٥١ مدني) . أما التقنين المدني الفرنسي فقد نصت المادة ٢/١٦٠٢ منه على أن « الشروط الغامضة في عقد البيع تفسر لمصلحة المشتري وضد البائع » ، أي سواء كان البائع هو الدائن أو المدين (١) .

وإذا كان البيع من عقود الإذعان ، فلا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فيه ضاراً بمصلحة الطرف المذعن (م ٢/١٥١ مدني) . ففي التعاقد مع شركة المياه وشركة النور وشركة الغاز يكون العميل مشترياً للمياه والنور والغاز بشروط ألتها عليه الشركة ، ولا يستطيع هو إلا أن يدعي لها . فإذا كان هناك غموض في التزامات الشركة ، فسر هذا الغموض ، لا لمصلحة الشركة المدينة كما كانت القواعد العامة تقضي فيما قدمناه ، بل لمصلحة العميل إذ هو الطرف المذعن (٢) .

---

(١) وقد أورد الفقه أفرنسي على هذا النص قديمين . أحدهما أنه لا يسرى إلا إذا أمرز القاضي قواعد أخرى لتفسير عقد البيع ، والتقدير الثاني أنه لا يسرى إلا في تفسير الشروط الطبيعية للألوفة في عقد البيع فإذا وضع المشتري شروطاً استثنائية لمصلحته وجب الرجوع إلى القواعد العامة وتفسير هذه الشروط لمصلحة البائع (أوبري دور ٥ بقرة ٣٥٣ هاشو رقم ٣ - بودري وسينيا بقرة ٢٨٤ - بلانهور وريير وهامل ١٠ بقرة ١٨) . وسنعود إلى هذه المسألة فيما بل (انظر بقرة ٢٢٥ في الهامش) .

(٢) انظر في مسألة تفسير العقد الوسيط ١ بقرة ٣٨٦ - بقرة ٤٠٠ .

## § ٢ - الوعد بالبيع والبيع الابتدائي والبيع بالعربون

٢٥ - **مرحلة نهائية للبيع:** فرضنا فيما قدمناه أن المتبايعين قد عقدوا العزم على التبايع ، فأمرنا عقد بيع نهائي . ولكن يقع كثيراً أن يمر المتعاقدان بمرحلة تمهيدية ، تؤدي على وجه محقق أو غير محقق إلى البيع النهائي . وهذه المرحلة التمهيدية نفسها متدرجة ، فقد تكون مجرد وعد بالبيع ، وقد تصل إلى أبعد من ذلك فتكون بيعاً ابتدائياً ، وكثيراً ما يقترن بالبيع الابتدائي عربون يميز للعاقدة الرجوع في البيع . وقد سبق أن استعرضنا هذه المرحلة التمهيدية في التعاقد بوجه عام (١) ، ونطبق هنا الأحكام التي سبق أن فصلناها في العقد على عقد البيع بالذات .

فنستعرض : ( أولاً ) الوعد بالبيع ( ثانياً ) البيع الابتدائي ( ثالثاً ) البيع بالعربون .

### أولاً - الوعد بالبيع

٢٦ - **صور ثلاث للوعد بالبيع :** قد يتفق المتعاقدان ، لا على بيع نهائي ، بل على مجرد وعد بالبيع . والوعد بالبيع له صور ثلاث :

(الصورة الأولى) الوعد بالبيع من جانب واحد (promesse de vente) . وفي هذه الصورة يعد صاحب الشيء المتعاقد الآخر أن يبيع منه هذا الشيء إذا رغب الآخر في شرائه في مدة معينة . فيكون صاحب الشيء هو الملزوم وحده بالبيع إذا أظهر الطرف الآخر رغبته في الشراء ، أما الطرف الآخر فلا يكون ملزماً بالشراء ، بل هو حر إن شاء أظهر رغبته في الشراء فيتم البيع النهائي ، وإن شاء امتنع عن إظهار هذه الرغبة فلا يتم البيع ، بل ويسقط الوعد بالبيع .

(١) الوسيط ١٠ فقرة ١٣١ - فقرة ١٤٢ .

(الصورة الثانية) الوعد بالشراء من جانب واحد (promesse d'achat) .  
وفي هذه الصورة يعد المتعاقد الآخر صاحب الشيء أن يشتري منه هذا الشيء  
إذا رغب الأول في بيعه في مدة معينة . فهذه ، كما نرى ، الصورة العكسية  
للصورة الأولى . ويكون المتعاقد الآخر هو الملزم وحده بالشراء إذا رغب  
صاحب الشيء في بيعه ، أما صاحب الشيء فلا يكون ملزماً بالبيع ، بل هو حر  
إن شاء أظهر رغبته في البيع فتم البيع الهائى ، وإن شاء امتنع عن إظهار هذه  
الرغبة فلا يتم البيع بل ويسقط الوعد بالشراء .

(الصورة الثالثة) الوعد بالبيع والشراء (promesse de vente et d'achat) ،  
وتحتها حالتان ، حالة الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد وحالة الوعد  
بالبيع والشراء من الجانبين . ففي الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد  
يجمع الوعد بالبيع ملزماً لجانب صاحب الشيء دون المتعاقد الآخر ، والوعد  
بالشراء ملزماً للمتعاقد الآخر دون صاحب الشيء ، أى تجمع الصورتان  
المتقدمتان . فيكون صاحب الشيء ملزماً ببيعه إذا أظهر المتعاقد الآخر رغبته  
في الشراء في المدة المحددة ، وقد لا يظهر هذه الرغبة فيسقط الوعد بالبيع  
كما قدمنا . ويكون ، من ناحية أخرى ، المتعاقد الآخر ملزماً بالشراء إذا أظهر  
صاحب الشيء رغبته في البيع في المدة المحددة ، وقد لا يظهر هذه الرغبة فيسقط  
الوعد بالشراء كما قدمنا . ونرى من ذلك أن هناك احتمالاً في هذه الحالة أن كلا  
من صاحب الشيء والمتعاقد الآخر ، الأول لا يظهر رغبته في البيع والثاني  
لا يظهر رغبته في الشراء ، فيسقط كل من الوعد بالبيع والوعد بالشراء في  
وقت واحد . وهذا بخلاف الوعد بالبيع والشراء من الجانبين ، فهذا وعد  
ملزم للجانبين وهو بيع كامل ، وليس هو اجتماع وعد بالبيع ملزم لجانب واحد  
ووعد بالشراء ملزم لجانب واحد ، وسنرى تفصيل ذلك فيما يلي :

## ١ - الوعد بالبيع من جانب واحد

٢٧ - أمثلة عملية : يحدث كثيراً أن يجد الشخص نفسه في حاجة  
إلى الحصول من آخر على وعد بالبيع دون أن يفيد هو بالشراء .

فالمستأجر لدار قد يقوم عنده احتمال في أن يشتريها ، ولكنه لا يريد أن يتقيد بالشراء منذ البداية ، إما لأنه يريد تجربة الدار وقتاً كافياً وهو يسكنها كمتأجر ، وإما لأنه في حاجة إلى وقت لتدبير ثمن الدار وقد لا يستطيع تدبيره ، وإما لأي سبب آخر . ففي هذه الحالة يحصل ، إذا استطاع ، من صاحب الدار على وعد ببيعها منه إذا أبدى المستأجر رغبته في الشراء في مدة معينة تكون غالباً هي مدة الإيجار . فينتفع للمستأجر الوقت لتجربة الدار أو لتدبير ثمن ، وقد لا تعجبه الدار أو لا يتيسر له تدبير الثمن ، فلا يظهر رغبته في الشراء ومن ثم يسقط الوعد .<sup>١</sup> إذا أعجبه الدار أو تيسر له تدبير الثمن فما عليه إلا أن يبدى رغبته في الشراء فيتم البيع (١) .

وقد يقع أن شخصاً يريد إنشاء مصنع على أرض معينة ، فيستأجرها من صاحبها ويقيم عليها المصنع . ويحصل في الوقت ذاته على وعد من صاحب الأرض ببيعها منه في مدة معينة إذا رغب في شرائها . فإذا هو دبر المال اللازم للشراء ، أبدى رغبته في أن يشتريها فيتم البيع ، وقد أتبع له بذلك الوقت الكافي لتدبير الثمن .

وقد يقع أن يكون بناء مستشفى أو مدرسة أو نحو ذلك يقتضى أن يقوم البناء على قطع متجاورة من الأرض للمالك مختلفين ، فيعتمد من يريد البناء إلى الحصول على وعد بالبيع من كل مالك على حدة ، حتى إذا اكتمل له وعود من جميع الملاك ، أبدى رغبته في الشراء ، فيتم البيع في جميع القطع اللازمة للبناء .

---

(١) وينبغي كما قدسنا أن تكون مدة الوعد بالبيع هي مدة الإيجار ، فإذا امتد الإيجار امتد الوعد بالبيع ، أما إذا انتهت مدة الإيجار فإن مدة الوعد تنتهي حتى لو تجدد الإيجار مجدداً ضمنياً فإن التجدد يعتبر إيجاراً جديداً ، وذلك ما لم يجدد الطرفان الوعد لمدة الإيجار الجديد . وإذا انقضى الإيجار بسبب هلاك العين المؤجرة لم ينفسخ الوعد بالبيع ، بل يبقى على العين بعد إعادة بناءها . وفي حالة تأجير العين من الباطن ، يظل الوعد قائماً لصلصة المستأجر الأصل لا لصلصة المستأجر من الباطن ( بلانويول وريير وهامل ١٠ فقرة ١٨٥ - قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٤ ) . وقد يقع أن مستأجر العين يحصل على وعد ببيعها ، ويسأل لصاحب العين الأجرة مضاعفة ، فإذا أكل الثمن كانت له العين ، وإلا استرد ما دفعه زيادة على الأجرة ( بلانويول وريير وهامل ١٠ فقرة ١٧٦ ) .

ويمكن الاكتار من هذه الأمثلة العملية التي يحتاج فيها الشخص إلى الحصول على وعد بالبيع دون أن يتعهد هو بالشراء (١). وفيها جميعاً يكون الوعد بالبيع

(١) فن هذه الأمثلة العملية: شركات البناء العقارية تضمن عقود الإيجار الصادرة منها وعداً ببيع الدين إلى المستأجر - تلجأ الشركات الصناعية إلى الحصول من الأراضي المجاورة لمصانعها على وعد ببيعها ضماناً لتوسيع المصانع - مستأجر لأرض زراعية يحصل على وعد ببيعها قبل أن ينفق في إصلاحها مصروفات كبيرة - شركة تبحث عن معادن في أرض فتحصل من صاحب الأرض على وعد ببيعها إذا عثرت على المعادن .  
وقد قضت محكمة مصر الاستئنافية بأنه إذا تعدد المشتري من الحكومة في عقد البيع بأن يرد إليها كل أو بعض ما اشتراه منها في نظير ما يقابله من الثمن المتأخذ عليه إذا لزم التسعة العامة، فهذا الشرط إنما هو شرط شخصي يرتب عليه حق عيني ، وهو يعتبر بمثابة وعد بالبيع موقوف تنفيذه على إرادة أحد المتعاقدين ( ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٤٢ ص ١٠١ ) .

وقد يحول سبب دون تقدم شخص للمزايدة بنفسه ، فينتفى مع آخر على أن يتقدم هو للمزايدة بعد أن يحصل منه على وعد ببيع العين إذا رسا مزادها عليه . ويجب التمييز بين هذه الصورة وصورة الدخول في المزاد باسم مستعار. وقد قضت محكمة النقض بأن تعهد المدين بأن من استخدمه تسخر في المزايدة يعتبر في القانون نائباً عنه بطريق إعاره الاسم ، وأن المار اسمه لا يتسلك في حق الأصل - هذا التعهد محله أن يكون الثابت في الدعوى أن من رسا عليه المزاد كان عند رسو المزاد عليه مميراً اسمه . أما إذا كان الثابت أن الراسي عليه المزاد إنما وعد المدين بأن يبيع له الأعيان عند رسو المزاد عليه إذا دفع له الثمن والمصروفات ، فذلك لا يصح التعهد به في إنكار الملكية على الراسي عليه المزاد ( نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٨ ص ١١٣ ) .

وقد يهد مدين دائته بأن يبيع منه شيئاً إذا لم يوف الدين في الميعاد . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الورقة المختلف على تكليفها - حل هي ورقة ضد من العقد المتنازع على حقيقة المقصود منه أم هي وعد بالبيع - مذكراً فيها أنه « إذا مضى الميعاد المحدد ولم يدفع المبلغ فيكون البيع نافذ المفعول » ، فهذا يدل على أن البيع لا يكون نافذ المفعول في مدة الوفاء . وليس هذا شأن بيع الوفاء الحقيقي الذي ينفذ مفعوله كبيع بمجرد التناقد ، وإن تعلق على شرط ناسخ . وإذن فاعتبار تلك الورقة تتضمن شرط تعليق الدائن للأطيان مقابل الدين في نهاية الأجل المحدد الوفاء هو اعتبار تسوغه بإبرائها ، وليس فيه نسخ لدلوطا ( نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٣ ) . وفي هذه القضية كان من الممكن أن ينفق الطرفان على وعد بالبيع يبدأ أثره من وقت حلول الدين وعدم الوفاء به ، وهذا يقتضي أن يكون للدائن الحق في ألا يظهر رغبته في الشراء مؤثراً للمطالبة بالدين . أما على اعتبار أن البيع ملحق على شرط وافق هو عدم الوفاء بالدين في الميعاد المحدد ، فهذا يقتضي أن يتم البيع بأثر رجعي بمجرد تحقق الشرط .

عقداً ملزماً لجانب واحد ، هو جانب صاحب الشيء الذى وعد ببيعه . فتتظر كيف يتعقد هذا الوعد بالبيع ، ثم نستعرض الآثار التى تترتب عليها إذا انعقد صحيحاً .

## ٢٨ - كيف يتعقد الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد انعقاداً صحيحاً :

وأبنا فى الجزء الأول من الوسيط (١) أن المادة ١٠١ مدنى تنص على أن ١ - الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا يتعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها . ٢ - وإذا اشترط القانون تمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد (٢) .

ونرى من ذلك أن الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ليس مجرد إيجاب من الواعد ، بل هو عقد لا بد فيه من إيجاب وقبول من الواعد والموعود له (٣) . ذلك أنه قد يتصور أن صاحب الدار مثلاً يصدر منه إيجاب بيع الدار لشخص آخر ويتضمن الإيجاب مدة معينة لقبوله فيكون هذا الإيجاب ملزماً . ولكنه لا يكون الوعد بالبيع الذى نقصده هنا . والفرق بينهما أن الوعد بالبيع وسط بين هذا الإيجاب الملزم والبيع النهائى . ففى الوعد بالبيع يتفق كل من الواعد والموعود له على أن يبيع الواعد الدار إذا أبدى الموعود له رغبته فى شرائها خلال مدة معينة ، فهذا أكثر من إيجاب ملزم لأنه إيجاب قد اقترن به القبول من الطرف الآخر . ولكنه لا يزال دون البيع النهائى ، لأن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصب على البيع ذاته بل على مجرد وعد بالبيع . ولذلك يكون الوعد مرحلة دون البيع النهائى وفوق الإيجاب الملزم ، ففى الإيجاب الملزم لم يلزم الموجب وعداً بالبيع بل التزم بالبقاء على إيجابه للمدة المحددة . ثم إن الوعد

(١) فقرة ١٣٤ - فقرة ١٣٥ .

(٢) أنظر تاريخ هذا النص فى الوسيط ١ فقرة ١٣٤ من ٢٥١ حاشى رقم ١

(٣) وإذا كان القبول صادراً من الموعود له ، كما هو الحال ، فهو قبول لا ينشئ فى ذاته التزاماً ، ومن ثم قد يكون مجرد السكوت قبولا ، وبالأولى قد يكون القبول غسناً .

بالبيع ، من الناحية العملية ، مرحلة أقوى وأكثر ثباتاً في إلزام الواعد من مرحلة الإيجاب الملزم ، وتكون المدة المحددة للوعد أطول عادة من المدة المحددة للإيجاب الملزم (١) .

ويخلص من المادة ١٠١ مدنى التى تقدم ذكرها أنه يشترط لانعقاد الوعد بالبيع الاتفاق على جميع الأركان والمسائل الجوهرية للبيع الموعود به . فيجب أن يتفق الواعد والموعود له على المبيع والمثلن وعلى جميع شروط البيع التى يريان الاتفاق عليها ، وذلك حتى يكون السبيل مهياً لإبرام البيع التامى بمجرد ظهور رغبة الموعود له فى الشراء . ويجب أيضاً أن يحدد المتعاقدان مدة يظهر فى خلالها الموعود له رغبته فى الشراء ، حتى إذا انقضت هذه المدة ولم تظهر هذه الرغبة سقط الوعد . ونرى من ذلك أن أقل ما يجب أن يتم الاتفاق عايه لانعقاد الوعد بالبيع هو ما يأتى . (١) العين المراد بيعها ، مع تعيينها التامين الواجب شأن كل مبيع . (٢) المثلن الذى تباع به ، مع تحديده تحديداً كافياً شأن كل ثمن (٢) . (٣) المدة التى يجب فى خلالها على الموعود له أن يظهر رغبته فى الشراء ، وقد يكون الاتفاق على هذه المدة اتفاقاً ضميناً ، كما رأينا فى حالة المستأجر الموعود ببيع العين المؤجرة عندما يتبين من الظروف أن مدة الوعد هى مدة الإيجار (٣) . فإذا لم ترد المسائل المتفق عليها فى الوعد بالبيع على ما تقدم ، وأبرم

---

(١) ويقول بودرى وسينيا إن الوعد بالبيع قد يكون فى مرحلة أول مجرد إيجاب من البائع ، وهو إيجاب يستطع صاحبه الملول عنه . وقد يقوى عن ذلك فى مرحلة ثانية فيكون إيجاباً اقترن بقبول من الطرف الآخر دون أن يتقيد هذا الطرف الآخر بالشراء ، فيكون وعداً بالبائع مؤملاً لجانب واحد ، ويلتزم الموجب بوعده ولا يجوز له الملول عنه ، ولكن القابل لا يلتزم بشيء . وقد يصل فى القوة إلى المرتبة العليا فى المرحلة الثالثة ، فيلتزم القابل من جانبه هو أيضاً أن يشتري ، فيكون وعداً بالبائع وبالشراء ملزماً للجانبين ، وهذا يعدل البيع الكامل ( بودرى وسينيا فقرة ٥٧ ) .

(٢) وكان يوتيه ( البيع فقرة ٤٨١ ) يذهب ، فى القانون الفرنسى القديم ، إلى أن الاتفاق على المثلن ليس لازماً لصحة الوعد ، ويتولى الخبراء تقديره فى البيع التامى . ولكن هذا الرأى غير معمول به فى القانون الفرنسى الحديث ( بودرى وسينيا فقرة ٦٨ ) .

(٣) وكما إذا كان العقد الموعود به لا يحمى تنفيذه بحد فوات معين ، فهذا الوقت هو المدة التى يجب فى خلالها إبرام هذا العقد . وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هى المدة المقولة ، وكان فى عناصر القضية ما ينهض لتحديد هذه المدة ، جاز الوعد بالبيع ، لأن المدة =



البيع بعد ذلك بظهور رغبة الموعود له في الشراء : فان بقية شروط البيع تستخلص من أحكام القانون ، كما هو الأمر في أى بيع آخر . فيكون تسليم المبيع واجباً في الحال ، ويكون الثمن واجب الدفع فوراً ، ويكون حق المشتري في البئار وحق البائع في تقاضى فوائد عن الثمن ومصروفات البيع وكيفية تسليم المبيع وضمان الحلاك وضمان الاستحقاق والعيوب الخفية وغير ذلك من المسائل الكثيرة التى يشتمل عليها عقد البيع حاضعة للأحكام التى تسرى على البيع ووفقاً للقواعد التى قررها القانون في هذا الشأن .

ولما كان عقد البيع عندياً رضائياً كما قدمنا ، فان عقد الوعد بالبيع هو أيضاً عقد رضائى لا يشترط لانعقاده شكل خاص ، شأنه في ذلك شأن البيع . وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة ١٠١ مدنى تقضى بأنه إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد ، فان عقد الوعد بالبيع لا يدخل في مضمون هذا النص ، إذ لم يشترط القانون لتمام البيع استيفاء شكل معين كما سبق القول . وهذا ما لم نكن في حالة من الحالات الاستثنائية التى يكون فيها البيع شكلياً (١) ، فعندئذ يجب أن يستوفى الوعد بهذا البيع نفس الشكل الخاص الذى يجب أن يستوفيه البيع (٢) .

---

== هنا تكون قابلة للتحديد ، وإذا اختلف الطرفان في تحديدها تكفل القاضى بذلك ( الوسيط  
فقرة ١٣٤ ص ٢٥٣ ) - أما في فرنسا فلا يوجد نص - كما يوجد في مصر - يوجب تحديد  
المدة فيجوز الوعد بالبيع دون تحديد مدة ، ويتول القاضى تحديد المدة المدة المفقولة ( يودرى  
وسينيا فقرة ٧٠ - ) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٢ .

(٢) ولا يوجد ما يمنع من أن تكون ضمن شروط الوعد بالبيع الرضائى أنه في حالة ظهور  
ورغبة الموعود له في الشراء يجب أن يفرغ البيع في ورقة رسمية . وفي هذه الحالة إذا أظهر الموعود  
له رغبته في الشراء ، وجب على الواعد أن يشترك مع الموعود له في إعداد الورقة الرسمية التى تبصر  
للعقد النهائي . ويكون الوعد بالبيع هنا رضائياً مع أن البيع النهائي شكل ، وذلك لأن الشكل هنا  
لم يشترطه القانون بل اتفق عليه المتعقدان ( أنظر الوسيط : فقرة ١٣٥ ص ٢٥٣ هامش رقم ٢ ) .  
وإذا امتنع الواعد عن إمضاء الورقة الرسمية لإبرام العقد النهائي ، فن رأينا أن يقوم الحكم في هذه  
الحالة مقام العقد مفرغاً في هذه الورقة الرسمية ، إذ الحكم هو نفسه ورقة رسمية . يزيد ذلك ما جاء  
في المادة ١٠٢ مدنى من أنه « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم لكل ، وقاضاه للمتعاقد الآخر طالباً  
تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة ،  
قام الحكم متى حاز قوة الشيء المنقضى به مقام العقد » . وهذا بخلاف ما إذا كان العقد الموعود

ولما كان الوعد بالبيع هو خطوة نحو البيع النهائي كما قدمنا ، فإن شروط البيع - لامن حيث الانقضاء فحسب بل أيضاً من حيث الصحة - تكون مطلوبة في الوعد بالبيع . فتعتبر الأهلية بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد ؛ ومن ثم يجب أن يكون الواعد أهلاً للبيع النهائي وقت الوعد ولو فقد الأهلية وقت إبرام العقد النهائي بأن حجب عليه مثلاً . وتعتبر عيوب الإرادة بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد أيضاً ، فإنه لا يصدر منه رضا بعد ذلك إذ البيع النهائي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له كما سيحيى . أما أهلية الموعود له فتعتبر وقت البيع النهائي لا وقت الوعد ، فيصح أن يكون قاصراً وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه أهلية التصرف وقت ظهور رغبته في الشراء ، ذلك أنه لا يلتزم بشيء وقت الوعد وإنما يلتزم عند البيع النهائي . على أنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد - أى التميز - وقت الوعد ، لأن الوعد كما قدمنا عقد وهو أحد طرفيه . أما عيوب الإرادة فتعتبر بالنسبة إليه وقت الوعد ووقت البيع النهائي معاً ، إذ أنه يصدر منه رضا في كل من هذين الوقتين ، فيجب أن يكون رضاؤه في كل منهما صحيحاً (١) .

ويكنى أن تتوافر مشروعية المحل والسبب وقت البيع النهائي ، حتى لو لم تكن متوافرة وقت الوعد (٢) .

---

== بإبرامه هو في الأصل وبموجب القانون مقدماً شكلياً كالرهن الرسمي ، وكان الوعد به لم يدرغ في الشكل الرسمي ، فالمحك في هذه الحالة لا يقوم مقام العقد ، بل يقتصر القاضي على الحكم بالتسليم ( الوسيط ١ فقرة ١٣٩ ) . وعلة ذلك أن عقد الوعد في حالة الرهن الرسمي مقد شكلي لم يستوف الشكل ، والمادة ١٠٢ مدني تشترط كما رأينا أن يكون الوعد بالعقد متوافراً فيه الشكل الواجبي قانوناً حتى يقوم الحكم مقام العقد . أما إذا لم يكن هناك شكل واجب قانوناً ، كما هو الأمر في الوعد بالبيع ، فليس هناك ما يغل بأحكام المادة ١٠٢ مدني إذا نحن جعلنا الحكم يقوم مقام العقد ، حتى لو اشترط اتفاقاً أن يكون العقد النهائي وسياً ، لأن الشروط اللازمة تمام الوعد بالبيع - وليس فيها شرط خاص بالشكل - متوافرة ، وهذا كاف لجعل الحكم يقوم مقام العقد . (١) بلاتينول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٧ .

(٢) ولكن الوعد بالبيع ذاته له محل هو إبرام العقد النهائي ، ولذلك يجب أن يكون إبرام هذا العقد معكناً قانوناً ، فلا يجوز الوعد ببيع حق في تركة مستقبلية . كذلك يجب أن يكون الباعث حل الوعد - وهذا هو السبب - مشروعاً ، فلا يصح الوعد ببيع سلاح يريد الموعود له لارتكاب جريمة ( الأستاذ عبد المنعم البدراوي فقرة ٩٣ ) ، لكن إذا وعد شخص ببيع عين سيرتها ، ولم يبد الموعود له رغبته في الشراء إلا بعد أن فوّت الواعد العين ، فإن هذا يكون جائزاً

## ٢٩ - الالتزام الذى ترتب على الوعد بالبيع المبرم لجانب واحد :

إذا انعقد الوعد بالبيع صحيحاً على النحو الذى قدمناه ، وجب فى بيان الآثار التى ترتب عليه التميز بين مرحلتين : (١) قبل ظهور رغبة الموعود له فى الشراء فى خلال المدة المحددة (٢) بعد ظهور هذه الرغبة أو بعد انقضاء المدة المحددة دون ظهورها .

## ٣٠ - الالتزام الذى قررتب قبل ظهور الرغبة: قدمنا أن الوعد بالبيع

عقد ملزم لجانب واحد هو الواعد بالبيع ، فلا يرتب أى التزام فى جانب الموعود له . والالتزام الذى يرتب فى ذمة الواعد هو التزام بعمل ( obligation de faire ) وهذا العمل هو أن يبرم عقد بيع نهائى مع الموعود له إذا أظهر هذا رغبته فى الشراء فى المدة المحددة (١) . ونرى من ذلك أن حق الموعود له فى هذه المرحلة - أى قبل ظهور رغبته - حق شخصى لا حق عينى ، فلا تنتقل إليه ملكية الشيء الموعود ببيعه . ويرتب على ذلك أمران :

(الامر الأول) أن الواعد بالبيع يبقى مالكا للشيء الذى وعد ببيعه . فله أن يتصرف فيه ، وله أن يؤجّره وأن يحصل على غلته ، وذلك إلى وقت إبرام البيع النهائى (٢) . ويسرى بوجه عام تصرف الواعد فى حق الموعود له . فإذا كان الشيء الموعود ببيعه عقاراً ، وباع الواعد العقار من آخر ، وسجل البيع قبل ظهور رغبة الموعود له فى الشراء ، يل ويعد ظهور هذه الرغبة إذا لم يتمكن الموعود له من تسجيل البيع النهائى الذى تم بظهور رغبته فى الشراء قبل تسجيل البيع الأول ، فان تصرف الواعد يسرى فى حق الموعود له . أما إذا كان الشيء الموعود ببيعه منقولاً معيناً بالذات ، وتصرف فيه الواعد قبل ظهور رغبة الموعود له فى الشراء ، سرى التصرف فى حق الموعود له وليس لهذا إلا الرجوع

(١) ولا يمتنع على هذا بأن الالتزام يكون إرادياً ، فإن الإرادة هنا هى إرادة الدائن لا إرادة المدين . هذا إلى أن إرادة الدائن نفسها محمّلة بطرف لا تجعل الأمر يتعلق بمسح الإرادة ، فهو إذا أبدى رغبته فى الشراء لا بد أن يكون قادراً على دفع الثمن وعمل القيام بالتزاماته الأخرى ( بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٦ ص ٢٠٣ ) .  
(٢) بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٨ .

بتعويض على الواعد (١) . فإذا كان تصرف الواعد في المنقول قد صدر بعد ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، لم يسر التصرف في حق الموعود له . بل اعتبر البيع الصادر له قد أبرم أولاً فتنقل إليه ملكية المنقول . وهذا كله مع مراعاة القاعدة التي تنص بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، فإذا تصرف الموعود له في المنقول ، سواء كان هذا قبل ظهور رغبة الموعود له في الشراء أو بعد ظهور هذه الرغبة ، فأيهما تسلم العين أولاً - الموعود له أو من تصرف له الواعد - يكون مالكاً للعين إما بموجب عقد البيع النهائي وإما بموجب الحيازة ، ويرجع الآخر بتعويض على الواعد .

(الأمر الثاني) أنه إذا هلك الشيء الموعود ببيعه قضاء وقدرأ ، تحمل الواعد تبعه هلاكه (٢) ، لا لأنه هلك قبل التسليم كما يكون الأمر لو أن البيع النهائي

---

(١) وهذا كله ما لم يستطع الموعود له أن يظن في تصرف الواعد بالدعوى البولصية ، بأن أثبت توافق الواعد مع المتصرف له على الإضرار بصفه ، أو كان للتصرف تبرعاً حيث لا يحتاج الموعود له إلى إثبات التوافق (الوسيط ٢ فقرة ٥٨٨ - قارن بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٩) . وففي من البيان أنه لو تصرف المتصرف له سبيء التبة لتصرف له ثان وكان هذا حسن التبة ، لم يملك الموعود له الظن في التصرف الأخير لأن المتصرف له الثاني حسن التبة ، وذلك وفقاً لقواعد الدعوى البولصية (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٩١ هامش رقم ٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٩ ص ١٠٣) .

ويذهب الأستاذ جميل الشرقاوى إلى اقتصار حق الموعود له على استحقاق التعويض من المتصرف إليه إذا كان سبيء التبة ، بجانب مسئولية الواعد القائمة على تماقده ، فالحكم بالتعويض هو الجزاء الوحيد المجائز للتطبيق . أما جعل عدم نفاذ التصرف من صور التعويض فيقزم في نظره على خلط بين نظام التصرف القانوني ونظام المسئولية (الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٣٢ ص ٧٥ - ص ٧٦) . ويشك الأستاذ عبد المنعم البدرارى في إمكان جعل التصرف غير نافذ في حق الموعود له ، فإن المشتري إذا تمكن من تسجيل عقده قبل أن يسجل الموعود له البيع النهائي ، لم يستطع الموعود له أن يمتنع على المشتري بأنه كان سبيء التبة وقت أن سجل عقده (الأستاذ عبد المنعم البدرارى فقرة ٩٩) .

(٢) وإذا تخلت من هلاك الشيء أو نزع ملكيته شيء يقوم مقامه - التعويض عن الضرر أو مبلغ التأمين أو التعويض من نزع الملكية - فهل يحل هذا الشيء حلولا عيناياً محل الشيء الموعود ببيعه: يجب التفقه الفرنسي بالنفي ويذهب إلى سقوط الوعد (بلانيول وريبير وهامل ص ١٧٨) ، ولكن اقتضاء الفرنسي يقول بالحلول العيني (نقش فرنسي ١٩ يونيو سنة ١٩٢٤ سبيء ١٩٢٧ - ١ - ٥٨ - وانظر أيضاً في هذا المنأ الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٩ ص ٩٩ والأستاذ عبد المنعم البدرارى فقرة ١٠١ ص ١٥١ - ص ١٥٢) .

قد أبرم ، بل لأن الواعد لا يزال هو المالك والأصل أن الشيء يهلك على مالكه .  
وكهالك الشيء نزع ملكيته ، يتحمل الواعد تبعته (١) .

### ٣٦ - الآثار التي تترتب بعد ظهور الرغبة أو بعد انقضاء المدة

**دوره ظهورها :** وننتقل الآن إلى المرحلة الثانية ، وفيها يقع أحد شيئين :  
(١) إما أن يظهر الموعد له وعبته في الشراء في خلال المدة المحددة (٢) وإما أن تنقضي المدة المحددة دون أن يظهر هذه الرغبة .

في الحالة الأولى تظهر رغبة الموعد له في الشراء صراحة أو ضمناً ، بشرط أن يكون ذلك في المدة المحددة . وتظهر الرغبة ضمناً فيما إذا تصرف الموعد له في الشيء الموعد ببيع أو إيجار أو غير ذلك ، مما تستخلص منه نيته في أنه اعتبر الشيء مملوكاً له فتصرف فيه على هذا النحو . فإذا ظهرت رغبة الموعد له في شراء الشيء الموعد به ، فإن البيع النهائي يتم بمجرد ظهور هذه

---

= أما إذا هلك الشيء هلاكاً جزئياً ، ومع ذلك أبدى الموعد له رغبته في شرائه ، فنقواعد أن يلزمه بكل المثل ( الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٦ ص ٩٩ - ص ١٠٠ - الأستاذ سليمان مرقس .  
فقرة ٥١ ص ٨٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٤١ ص ٧٠ . وقارن الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٠١ ص ١٥١ والأستاذين أحمد نجيب الحلال وساجد زكي فقرة ٩٠ ) .

(١) بودري وسينيا فقرة ٦٧ - فقرة ٦٧ مكررة . وقد نفتت محكمة النقض بأنه لا يجوز بحال أن يحسب على الواعد نزع ملكية بعض الدين للتمتعة السامة ، لأن نوع ملكية المبيع يجري عليه حكم هلاكه ، وهذا يكون حتماً على المالك ، ويحكم الزوم المثل لا يفسد عنه الواعد بالبيع ( نقض مدني ١٤ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر رقم ٨٤ ص ٢٨٥ )

هذا وإلى جانب الأمرين الذين قدمناهما - استبقاء الواعد الملكية وتحمله تبعه الهلاك - يجوز أيضاً للموعد له أن يحول حقه الشخصي في ذمة الواعد إلى محال له وفقاً لقواعد حوالة الحق . ( بودري وسينيا فقرة ٦٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٨ - لوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ٧ ) . وإذا نزع ملكية الدين الموعد ببيعها للتمتعة العامة ، كان التصرف الواعد لا للموعد . والموعد له أن يطالب ببيع الواعد من القيام بأعمال تحول دون إبرام البيع النهائي ، لكنه من هم الدار الموعد ببيعها . والموعد له أن يستعمل الدعوى غير المباشرة باسم الواعد في تبرع دعاوى الميازاة ويقطع التقادم ، وله أن يطلب تعيين حارس على الدين المبيعة إذا فرغ الواعد في حياها ( الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥١ ص ٨٦ ) .

الرغبة ، ولا حاجة لرضاء جديد من الواعد (١) . ويعتبر البيع النهائي قد تم من وقت الرغبة لا من وقت الوعد ، على أساس أن ظهور الرغبة يعد إيجاباً من جانب الموعود له ، وهو إيجاب مقبول من الواعد فقد التزم هذا أن يقبله بموجب الوعد الصادر منه (٢) . فيتم البيع النهائي ، على هذا الوجه ، من وقت ظهور الرغبة (٣) . والأمر واضح فيها إذا كان الشيء الموعود ببيعه عيناً منقولة

(١) استئناف مختلط أول يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤١٢ - بودى وسينا فقرة ٧٥ مكررة .

وإذا اشترط في الوعد أن الموعود له يجب أن يدفع الثمن فوراً عند ظهور رغبته ، فظهور الرغبة غير المصحوب بالثمن لا يمتد به (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ٦) .

وإذا ارتفعت قيمة الشيء مما كانت عليه وقت الوعد ، لم يلزم الموعود له أية زيادة في الثمن . فإذا كان ارتفاع القيمة راجعاً إلى زيادة في المبيع أجراها الواعد دون اتفاق مع الموعود له ، اعتبر الواعد في حكم من أحدث هذه الزيادة بسوء نية في ملك الذير (تارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥١ ص ٨٤ - الأستاذ كامل مرسى فقرة ٥١ ص ٧٥ - الأستاذ زين أحمد . نجيب الحلال وحامد زكي ص ٩٤ هامش ٣ - الأستاذ محمد من لمعيسى فقرة ١٩٧) . ويكون الموعود له الحق في ثمرات المبيع من وقت ظهور رغبته في الشراء لا من وقت صدور الوعد بالمبيع (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٢٧) .

(٢) تقبل الواعد ليس إذن إلا تنفيذاً للالتزام الذي نشأ في ذمته بموجب الوعد بالبيع ، فقد التزم بعمل هو إبرام البيع النهائي ، أي قبول الرغبة التي يظهرها الموعود له في الشراء ، وإذا نازع الواعد في وقوع البيع ، حكم القاضي بوقوعه ، وقام حكمه مقام تنفيذ التزام الواعد ، لأن الالتزام هنا التزام بعمل يسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضي فيه مقام التنفيذ (م ٢١٠ مدني) . وقد نصت المادة ١٠٢ مدني صراحة على هذا الحكم إذ تقول : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاض المتعاقد الآخر طالباً بتنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة تمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى ساء قوة الشيء المقضي به مقام العقد » . وليس هذا النص إلا تطبيقاً لنص أم هو المادة ٢١٠ مدني ، إذ تقول : « في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » . أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٣ ص ٨٧ - ص ٨٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٦ ص ٨٩ . وانظر في الفقه الفرنسي أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ١٠ - بودى وسينا فقرة ٦٦ - بلانويك وويبير وهامل ١٥ فقرة ١٨٢ .

(٣) ويجب استبعاد أن يكون الوعد بالبيع يمتد معلقاً على شرط ، إذ أن الموعود له لم يرتبط وقت الوعد أن يشتري ولو تحت شرط ، ومن ثم لا يكون لظهور رغبته في الشراء أثر رجعي (بلانويك وويبير وهامل ١٥ فقرة ١٧٦ ص ٢٠٣ - ص ٢٠٤) . كذلك يجب استبعاد أن يستحيل التزام الواعد ، وهو الالتزام بعمل كما قلنا ، إلى تعويض ، إذ هو التزم بالتزام قابل للتنفيذ =

معينة بالذات ، ككتاب أو سيارة أو جهاز أو آلة ، فإن البيع النهائي يعتبر قد تم بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، وتنتقل ملكية العين إلى الموعود له الذي أصبح الآن مشترياً ، ويلتزم هذا بدفع الثمن المتفق عليه الواعد الذي أصبح الآن بائعاً ، وتسرى أحكام البيع في سائر المسائل . أما إذا كان الشيء والموعود بيعه عقاراً ، فالبيع يتم أيضاً بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، ولكن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل . فعلى البائع ( الواعد ) أن يقوم بالأعمال الواجبة لكتابة العقد والتصدق على إمضائه حتى يكون العقد معداً للتسجيل . فإن هو امتنع عن ذلك أو نازع في أن العقد النهائي قد تم جاز للمشتري ( الموعود له ) أن يحصل على حكم بثبوت البيع يقوم مقام العقد ، ومتى سجل هذا الحكم انتقلت الملكية إليه (١) .

وفي الحالة الثانية ، إذا لم يظهر الموعود له رغبته في الشراء ، تحلل الواعد من وعده وسقط الوعد (٢) ، وصار الواعد في حل بعد ذلك أن يتصرف في الشيء لمن يشاء . وهذا هو الحكم أيضاً حتى لو أظهر الموعود له رغبته في الشراء ولكن بعد انقضاء المدة المحددة . كذلك يكون هذا هو الحكم لو أن الموعود له ، حتى قبل انقضاء المدة المحددة ، أعلن عدم رغبته في شراء الشيء الموعود به ، ولو ضمناً كأن تعامل مع الواعد في الشيء على اعتبار أن الواعد هو المالك المستقر فاستأجره منه مثلاً لمدة تجاوز مدة الوعد . ذلك أن إعلان

---

== المعنى من طريق صدور حكم قضائي ( بودري وسينيا فترة ٦٤ - فترة ٦٦ - بلانويك وريبير وعامل ١٠ فترة ١٨٢ - جورمان ٣ فترة ١٠٧٣ ) .

هذا ويجوز أن يقضى الحكم الصادر بتوقيف البيع بتوقيف الموعود له من السرور الذي لحقه من جراء عدم مبادرة الواعد إلى الاعتراف بالتزامه ( بلانويك وريبير وعامل ١٠ فترة ١٨٢ ) . (١) وإذا كان الوعد بالبيع - كما يقول الأستاذ سليمان مرقس - " ملغواً في مجرى يحصل توقيع الواعد توقيعاً مصدقاً عليه ، جاز للموعود له أن يستغنى عن استصدار حكم يقوم مقام عقد البيع " ، بأن يسجل عقد الوعد المصدق عليه وإقراراً منه مصدقاً عليه أيضاً بقبول الشراء بناءً على الوعد ، فيقوم بتسجيل هاتين الوثيقتين مقام تسجيل عقد البيع ( الأستاذ سليمان مرقس فترة ٥٢ ص ٨٧ - ص ٨٨ ) .

(٢) وذلك دون حاجة لأن يطر الواعد الوعد له ( نقض مدني ٦ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٤ ص ٨٣٤ ) .

للموعد له عدم رغبته في الشراء يكون بمثابة زول منه عن حقه الذي استعمله من الوعد (١).

**٣٣- الوعد بالتفضيل :** وهناك صورة خاصة من الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد هي الوعد بالتفضيل (pacte de préférence). وفي هذه الصورة لا يلتزم الواعد في وعده أن يلتزم ببيع الشيء إذا أظهر الموعد له رغبته في شرائه ، وإنما يلتزم ، إذا هو رغب في بيع الشيء أن يعرضه أولاً على الموعد له تفضيلاً له على غيره ، فإن قبل الموعد له شراءه تم البيع . فالذي يميز هذه الصورة عن الصورة الأخرى في الوعد بالبيع أن الواعد لم يلتزم ببيع الشيء ، وكل ما التزم به هو أنه إذا رغب في بيع الشيء وجب عليه أن يعرضه أولاً على الموعد له . فلا يتم البيع النهائي إذن إلا باجتماع أمرين : أن يريد الواعد بيع الشيء وأن يريد الموعد له شراءه (٢) . ويكون التزام الواعد بعرض الشيء على الموعد له معلقاً

(١) وقد يدفع الموعد له الواعد عربوناً يخسره إذا لم يبد رغبته في الشراء ، فإذا لم يبد هذه الرغبة خسر العربون وتحلل الواعد من وعده ، ولا يجوز للموعد أن يحتج بعدم إعذاره وبأنه كان مستعداً لدفع باقي الثمن (استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٨٨) . هذا وقد هاجت تفتين الموجبات والمقود الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد في نصوص متصلة . فنصت المادة ٤٩٣ من هذا التفتين على « أن الوعد بالبيع عقد بمقتضاه يلتزم المدة ببيع شيء من شخص آخر لا يلتزم شراءه في الحال . ومن طبيعة هذا العقد أنه متبادل . وهو لا يولد موجباتاً على الموعد ، بل يلتزم الواعد بوجه بات ، فلا يستطيع الرجوع عن عرضه بل يجب عليه انتظار قرار الشخص الموعد » . ونصت المادة ٤٩٤ على أن « مفاعيل العقد تنتقل إلى ورثة المتعاقدين بما توجب لهم أو عليهم » . ونصت المادة ٤٩٥ على أنه « إذا تفرغ الواعد لشخص عن شيء منقول بالرغم مما التزمه ، فهو يملك المتفرغ له ذلك الشيء ، لكنه يستهدف لأداء بدل المثل والضرر إلى الشخص الموعد لعدم قيامه بالموجب الذي التزمه » . ونصت المادة ٤٩٦ على أنه « عند ما يصرح الشخص الموعد بمزومه على الشراء ، يتحول الوعد إلى بيع دون أن يكون له مفعول رجعي ، ويتم انتقال الملكية في يوم القبول . على أنه يرجع في تعيين مقدار العين إلى اليوم الذي وعد فيه البائع » . ونصت المادة ٤٩٨ على « أن الوعد بالبيع فيما يختص بالأموال غير المنقولة خاضع للقوانين المقابلة للرعية الإجراء » .

(٢) ومن الأمثلة العملية الوعد بالتفضيل أن يكون لشخص دار في مدينة يتوقع أن يرسل منها ، فيحصل منه شخص آخر على وعده بأنه إذا أراد بيع الدار عند رحيله فعليه أن يعرضها على الموعد له ، حتى إذا قبل هذا شراها تم البيع النهائي . أما إذا حصل صاحب الدار من



على شرط أن يريد بيعه، ولا يقال إن هذا شرط إرادي محض من جانب المدين، فإن إرادة الراعي بيع الشيء ليست إرادة محضة، بل هي متصلة بظروف خارجية قد تدفعه أن يتمتع عن بيعه مع شدة رغبته في ذلك، فالشرط إذن شرط مختلط وليس شرطاً إرادياً محضاً (١) .

وينعقد الوعد بالتفصيل على النحو الذي ينعقد به الوعد بالبيع المزمع

= الشخص الآخر على وعد بالشراء، فإن هذه الحالة تختلف من حالة الوعد بالتفصيل المتضمنة من وجهين : ( أولاً ) في حالة الوعد بالشراء لا يكون صاحب الدار ملزماً ببيعها من الشخص الآخر بل يجوز له أن يبيعها من غيره، بخلاف حالة الوعد بالتفصيل فإن صاحب الدار يكون فيها ملزماً برفض الدار على الشخص الآخر إذا أراد بيعها . ( ثانياً ) في حالة الوعد بالشراء يكون الشخص الآخر ملزماً بالشراء إذا عرضت عليه الدار، بخلاف حالة الوعد بالتفصيل فإنه لا يكون ملزماً بذلك .

وهناك أسئلة عملية أخرى الوعد بالتفصيل : يحصل المستأجر من المؤجر على وعد بتفصيله إذا أراد هذا بيع العين المزمرة - يحصل مشتري البتار من البائع على وعد بتفصيله في عقار آخر يملكه البائع إذا أراد هذا بيعه - يبيع شخص بيتاً من آخر ويتفق مع المشتري على أنه إذا أراد هذا أن يبيع البيت يجب عليه أن يرفضها على بائنها لأول، وهذا ما يسمى بالوعد بإعادة البيع ( promesse de revente ) - أنظر بودرى وسينيا فقرة ٧١ مكررة ثانياً - بلانيول وريبير وهامل ١٥ فقرة ١٨٤ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٥ .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٧١ مكررة - بلانيول وريبير وهامل ١٥ فقرة ١٨٤ - ويذهب الأستاذ عبد المنعم البدر إلى رسالة Leduc ص ٢٣٥ - إلى أن الوعد بالتفصيل هو في الحقيقة وعد بالبيع في طريق التكوين تميز فيه من الآن المستفيد الاحتمال، وهذا المستفيد لم يكسب من الوعد حقاً في الشراء ولو مطلقاً على شرط، ولكنه كسب حقاً بخلاف منع الراعي من التعاقد مع الغير . وهو يتحول إلى وعد بالبيع إذا قرر الراعي بيع الشيء، فمقتضى يصبح المستفيد في مركز الدائن بوعده بالبيع . ومن نشأ هذا الحق في الشراء فهو لا ينشأ إلا من هذا الوقت ويكون أثر رجعي، على عكس ما كان يجب أن يترتب تطبيقاً على اعتبار الوعد بالتفصيل وعداً بالبيع مطلقاً على شرط واقف ( الأستاذ عبد المنعم البدر فقرة ١٠٣ - فقرة ١٠٤ ) .

ويستخلص من هذا الرأي أن التزام الراعي بالتفصيل ليس التزاماً مطلقاً على شرط واقف، بل هو التزام احتمالي يتحقق إذا رغب الراعي في بيع الشيء . ومن ثم يوجد الالتزام كاملاً من وقت الرغبة في البيع لا من وقت صدور الوعد، والعبارة في توافر الأهلية عند الراعي هي بوقت وجود الرغبة في البيع لا بوقت صدور الوعد . وهاتان النتيجةتان يمكن استخلاصهما، كما نرى، من أن التزام الراعي هو التزام احتمالي لا التزام مطلق على شرط واقف . فلا حاجة بعد ذلك إلى القول، كما يقول الأستاذ عبد المنعم البدر، بأن الالتزام الناشئ من الوعد بالتفصيل ليس التزاماً بمثل بل التزاماً بامتناع عن عمل .

جانب واحد ، فيجب أن يكون مشتملا على الشيء الموعود به والثمن الذي يباع به والمدة التي يجب في خلالها أن يعرض الواعد الشيء على الموعود له إذا أراد بيعه (١) . وكل ما قلناه في انعقاد الوعد بالبيع وفي صحته يقال هنا .

والأثر الذي يترتب على الوعد بالتفضيل ، في المرحلة السابقة على عرض الشيء الموعود ببيعه ، هو نشوء التزام شخصي في ذمة الواعد بأن يعرض الشيء على الموعود له إذا أراد بيعه . وهو مجرد التزام شخصي يترتب عليه كما في الوعد بالبيع فيما قلتمناه ، أن يبقى الواعد مالكا للشيء (٢) . وأن الشيء إذا هلك أو زعت ملكيته تحمل الواعد تبعة ذلك دون أن يلتزم بضمان للموعود له .

والأثر الذي يترتب ، في المرحلة الأخيرة ، أنه إذا أراد الواعد بيع الشيء في المدة المحددة ، وعرضه على الموعود له فقبل شراؤه ، تم البيع النهائي في المنقول وفي العقار على الوجه الذي يبناه في الوعد بالبيع . وإذا رفض الموعود له شراؤه ،

---

(١) ويمكن وفقاً لبدأ سلطان الإرادة ألا يحدد المتعاقدان لا الثمن ولا المدة ، فيقتصر الواعد على أن يلتزم بأنه في أي وقت يعتزم بيع الشيء يعرضه أولاً على الموعود له ليشتره به الثمن الذي يمكن به بيعه للغير (بودري وسينيا فقرة ٧١ مكررة) . انظر في عدم لزوم تحديد المدة الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ١٠٣ ، وعلى العكس من ذلك في أن تحديد المدة واجب الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨٠ والأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٧ .

ويطلب في الوعد بالتفضيل ألا يجوز للموعود له التزول من صفه لأن شخصه محل إخبار عند الواعد . ومع ذلك لا يوجد ما يمنع من أن يشترط للموعود له جواز التزول من صفه (بلائيول وريبير وحامل ١٠ فقرة ١٨٤ ص ٢١٨) . وإذا مات الواعد انتقل التزامه إل ورثته ، فإذا كانت الورثة قصراً قامت صمودية في تحديد الثمن إذ الغالب أن مال القاصر يباع بالمزاد العلني ، فإذا وضع شرط التفضيل في دفتر الشروط أحسم الناس من المزايعة (انظر في أن الوعد بالتفضيل لا يكون إلا في البيع بالمزاينة ولا يجوز في البيع بالمزاد أوبري ورو • فقرة ٣١٩ هامش رقم ١٢ مكرر ٩) .

(٢) فإذا تصرف فيه لغير الموعود له نفذ تصرفه ، ولكن يرجع الموعود له بتعويض على الواعد . فإذا كان الواعد متواطئاً مع من تصرف له في الشيء ، وأمكن الموعود له العلم في التصرف بالندوى البوليصة ، كان التصرف غير نافذ في حق الموعود له (بودري وسينيا فقرة ٧١ - قارن بلائيول وريبير وحامل ١٠ فقرة ١٨٥) .

ولكن إذا تصرف الواعد في الشيء بغير البيع ، بأن وجهه أو قابض عليه أو دفعه حصّة في شركة ، لم يكن الموعود له حق في أخذه ، بل ولا في التعويض ، إذ التزام الواعد مقصور على حالة التصرف بالبيع (بودري وسينيا فقرة ٧٢) .

أو انقضت المدة المحددة دون أن يريد الواعد بيع الشيء ولو أراد البيع بعد ذلك ، أو أعلن الموعود له رغبته في تحليل الواعد من التزامه ، فإن الوعد بالتفضيل يسقط ، ويحلل الواعد من الالتزام الذي ترتب في ذمته بموجب الوعد بالتفضيل . وقد قدمنا كل هذه الأحكام تفصيلاً في الوعد بالبيع .

### ب - الوعد بالشراء من جانب واحد

٣٣ - أمثلة عملية : يحدث أن يجد صاحب الشيء نفسه في حاجة إلى الحصول من شخص آخر على وعد بشراء هذا الشيء . مثل ذلك صاحب الدار يتقدم له شخص في شرائها ، وهو لم يبت العزم بعد على البيع ، فيكتفي بالحصول من هذا الشخص على وعد بالشراء فيما إذا بت صاحب الدار العزم على البيع في مدة معينة . أو يكون قد بت العزم على البيع ، ولكنه يريد أعلى ثمن ، فيحصل من تقدم له على وعد بالشراء بالثمن الذي يعرضه ، وإن وجد بعد ذلك من يعرض ثمناً أعلى باع الدار منه ، وإلا باعها من الواعد بالشراء . أو يكون قد أراد بيع الدار لشراء دار أخرى ، وغشى إن بت في البيع ألا يجد بعد ذلك الدار التي يرغب في شرائها ، فيكتفي بالحصول على وعد بالشراء ، حتى إذا عثر على الدار التي يرغب فيها باع داره واشتراها (١) .

وكثيراً ما يقع أن يتفق صاحب الشيء المعروض في المزاد مع شخص آخر على أن يتقدم هذا في المزاد لإبلاغ الثمن إلى مقدار معين ، فهذا وعد بالشراء من جانب الشخص الآخر ، وعليه أن يتقدم بغطاء بهذا المقدار ، فإن زيد عليه لم يلتزم بأن يزيد . فإذا رسا المزاد على غيره ، ثم أبطل أو أعيد على من رسا عليه ، لم يلتزم أن يتقدم في المزاد الجديد . أما إذا لم يتقدم للمزاد أصلاً ، أو تقدم

---

(١) ويقع كثيراً أن يحصل السمسار من عميله على وعد بشراء الدار التي يتوسط السمسار في شرائها له ، بشرط معين في خلال مدة معينة ، وهذا ما يسمى بالتفويض . فإذا نجح السمسار في حل صاحب الدار على بيعها بهذا الثمن في خلال هذه المدة ، رجع على الواعد وألزمه بوعده . ولكن الواعد هنا يلتزم بالشراء نحو السمسار لا نحو صاحب الدار ، فإذا أغل بوعده ولم يشتري الدار رجع السمسار عليه بالتفويض وهو مقدار السمسرة التي قات عليه ، ولا شأن لصاحب الدار بالوعد .

ولم يبلغ الثمن المقدار المتفق عليه ، فرسا الزاد بشمن أقل ، ألزم بالفرق على سبيل التعويض لأنه يكون قد أدخل بوعده (١) .

### ٣٤ - كيف ينعقد الوعد بالشراء الملزم لجانب واحد انعقاداً صحيحاً :

هنا أيضاً تطبق المادة ١٠١ ملغى التي سبق ذكرها (٢) ، فيشترط لاعتقاد الوعد بالشراء الانتفاق على جميع الأركان والمسائل الجوهرية للشراء الموعود به . فيتفق الواعد بالشراء مع الموعود له على الشيء الموعود بشرائه ، والثمن الذي يشتريه ومدة يتفق عليها صراحة أو ضمناً يظهر في خلالها الموعود له رغبته في البيع ليتم الشراء .

(١) بوردى : مسيانياً فقرة ٧٨ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اتفق المدين مع آخى على شراء العقار المزروع ملكيته لقاء تلمار المجازفة ، وسماً وراء الحصول على ثمن ثابت قدر أنه ضارب لقيمة العقار ويحقق مصلحة الدائنين الذين تعلق حقهم بالتنفيذ بضمان حصولهم على كامل حقوقهم ، والتمزم المشتري بالتدخل في المزاد والمزاينة حتى يصل بالثمن إلى الحد المتفق عليه ، بحيث إذا اضطر إلى الزيادة في الثمن فوق هذا المبلغ تكون هذه الزيادة من حقه ولا شأن للمدين البالغ بها ، فإن التبع ببطان هذا الاتفاق مخالفة للنظام العام وانعدام سبب استحقاق المشتري للزيادة عن الثمن المتفق عليه يكون على غير أساس . ذلك أن هذا الاتفاق ليس من شأنه الإخلال بحرية المزاينة أو إفساد المزايدة من محيطها ، بدليل أن المتعاقدين قدوا احتمال وصول المزاد على غير المشتري من المدين بشمن يزيد على الثمن المسمى مما يدل على انتفاء فكرة المساس بحرية المزاينة ، فضلاً عن تحقيقه مصلحة المدين ودائنيه . وأما الادعاء بانعدام سبب الزيادة لفردود بأن المتعاقدة مع المدين أصبح بمقتضى الاتفاق المشار إليه في مركز المشتري والمدين في مركز البائع ، ومن حق المشتري الحصول على الزيادة وسببها القانوني هو العقد المبرم بينهما ( نقض مدني ٣٠ يناير سنة ١٩٥٥ ) مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩٣ ص ٥٠٧ . ويوم من وقائع هذه القضية أنه لو رسا المزاد بأقل من الثمن المتفق عليه فإن التمهيد بإرساء المزاد بهذا الثمن كان يدفع الفرق ، فكذلك تكون له الزيادة ، فالعقد احتمال وهذا هو السبب القانوني .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الوعد الصادر من شخص يدفعون مزاد وإرساء المزاد عليه هو وعد بالشراء صحيح ، ويلتزم الواعد بالتعويض إذا أدخل بالتراتب ( ١٦ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥٠ ص ٣٠٩ ) . وقضت أيضاً في نفس الحكم بأن من وعد بالدخول في مزاد والمزاينة إلى حد مبلغ معين ، ينقضي وعده إذا أجل هذا المزاد . وقضت كذلك بأن الوعد بالشراء الصادر من مستأجر الأرض لموجرها يلزمه إلى مدة معقولة ، فلا يجوز للمؤجر أن يطيل هذه المدة قبل أن يبيع رغبته في البيع إلى حد أن يتقاضى من المستأجر أجرة تدان ثمن الأرض ( ٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠٩ ) .

(٢) انظر اتفاقاً فقرة ٢٨ .

وكل ما قلناه في خصوص رضائية الوعد بالبيع ، وأهلية كل من الواعد والموعد له ، ومتى تنافر هذه الأهلية ، وعيوب الإرادة عند كل من الطرفين ، ومشروعية الخلل والسبب ، ينطبق هنا على الوعد بالشراء .

### ٣٥ - الاستمرار الذي يترتب على الوعد بالشراء قبل ظهور الرغبة :

الوعد بالشراء كالوعد بالبيع عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الواعد بالشراء ، فلا يترتب أى التزام في جانب الموعد له . والالتزام الذي يترتب في ذمة الواعد بالشراء هو أيضاً التزام بعمل (obligation de faire) ، وهو أن يبرم بيعاً نهائياً مع الموعد له إذا أظهر هذا رغبته في البيع في المدة المحددة (١) . فيكون حق الموعد له في هذه المرحلة حقاً شخصياً لاحقاً عينياً ، كحق الموعد له في الوعد بالبيع (٢) . ويترتب على ذلك ما يأتي :

أولاً - يبقى الشيء مملوكاً للموعد له ، ويستطيع هذا أن يتصرف فيه كما يشاء . ويسرى تصرفه في حق الواعد بالشراء . فإذا باع الموعد له الشيء من آخر غير الواعد ، صح البيع وسرى في حق الواعد ، وسقط في الوقت ذاته الوعد بالشراء لأن الموعد له يتصرف في الشيء لغیر الواعد قد نزل عن حقه في إلزام الواعد بشراؤه .

ثانياً - وبديهي أن الواعد بالشراء لا يستطيع التصرف في الشيء لأنه لم تنتقل له ملكيته في هذه المرحلة ، وإذا تصرف فيه كان تصرفاً في ملك الغير ، ولا يسرى تصرفه هنا في حق المالك وهو الموعد له . ولكن يجوز للموعد له أن يجهز التصرف فيصبح ويسرى في حقه ، وهذا هو حكم بيع ملك الغير . كذلك يجوز بعد تصرف الواعد في الشيء أن يبدى الموعد له رغبته في بيعه من الواعد فبتم البيع النهائي ، ويصبح الواعد بموجبه مالكا للشيء وفقاً لأحكام القانون ،

---

(١) وليس الالتزام هنا ملحقاً بل شرط إرادى محض ، وقد بينا هذا عند الكلام في الوعد بالبيع (انظر آنفاًقرة ٢٩ في الهامش) .

(٢) وقد نخصّنتين الموجبات والعقود البناي الوعد بالشراء بنص واحد هو المادة ٨٩٧ من هذا القانون ، ويجرى على الوجه الآتي : « إن الوعد بالشراء الصادر من فريق واحد مباح ، أيضاً ، ويجب أن يفهم ويفسر كالوعد بالبيع مع التعديل المتفق » .

فيصبح التصرف الذي صدر منه قبل ظهور رغبة الموعود له في بيع الشيء . وهذا هو أيضاً حكم بيع ملك يتغير عندما يصبح البائع مالكا للشيء الذي باعه قبل أن يملكه .

ثالثاً - إذا هلك الشيء الموعود بشرائه قضاءً وقدرًا هلك على ملك الموعود له ، وتحمل هذا تبعه الهلاك ، إذ الأصل أن الشيء يهلك على مالكة . ولا يستطيع الموعود له بداهة ، بعد هلاك الشيء ، أن يلزم الواعد بشرائه . وكهلاك الشيء انزع ملكيته ، ويتحمل الموعود له تبعه (١) .

٣٦ - الاستناد الذي تترتب على الوعد بالشراء بعد ظهور الرغبة أو بعد انقضاء المرة **دوره ظهورها** : وننتقل إلى المرحلة الثانية . فاما أن يظهر الموعود له رغبته في البيع في خلال المدة المحددة ، ولما أن تنقضي المدة المحددة دون أن يظهر هذه الرغبة .

ففي الحالة الأولى ، إذا ظهرت رغبة الموعود له ، صراحة أو ضمناً ، في البيع في خلال المدة المحددة ، تم البيع النهائي بمجرد ظهور هذه الرغبة ، ولا حاجة لرضاء جديد بالشراء من جهة الواعد . ويعتبر البيع النهائي قد تم من وقت ظهور الرغبة لا من وقت الوعد ، تنفيذاً للالتزام الذي نشأ في ذمة الواعد ، فاذا نازع هنا في تمام البيع استطاع الموعود له أن يحصل على حكم بوقوع البيع يقوم مقام العقد ، وذلك كله على النحو الذي رأيناه في الوعد بالبيع .

وفي الحالة الثانية ، إذا لم يظهر الموعود له رغبته في البيع في المدة المحددة ، تحل الواعد من وعده وسقط الوعد . وهذا هو الحكم أيضاً فيما لو أظهر الموعود له رغبته في البيع ولكن بعد انقضاء المدة المحددة ، أو أعلن عدم رغبته في البيع حتى قبل انقضاء المدة المحددة ، ففي جميع هذه القروض يتحلل الواعد من وعده ويسقط الوعد على الوجه الذي بيناه في الوعد بالبيع (٢) .

---

(١) وإذا هلك الشيء هلاكاً جزئياً ، وأبى الموعود له رغبته في البيع ، كان الواعد بالشراء مخيراً بين أن يشتري مع إنقاس الثمن أو أن يمنع عن الشراء بتأناً لتصرف الصفقة (الاستناد أفور سلطان فقرة ٨٩) .

(٢) ويمكن أن تنصور في الوعد بالشراء وعداً بالتفصيل كما في الوعد بالبيع . ويحقق ذلك لو أن تاجر التجزئة مثلاً تعهد لتاجر الجملة أنه في حالة احتياجه لسلمة معينة يستوردها منه =

## ج - الوعد بالبيع والشراء

### ٣٧ - التمييز بين الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد والوعد

البيع والشراء من الجانبين : قلنا أنه يجب أن نميز هنا بين حالتين :

أولاً - الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد . وفي هذه الحالة يوجد عقدان يقعان على شيء واحد وبين نفس الطرفين . العقد الأول هو وعد بالبيع من صاحب الشيء يرتبط به نحو الموعود له فنياً إذا أظهر هذا رغبته في شراء الشيء . والعقد الثاني هو وعد بالشراء يرتبط به الموعود له في العقد الأول بأن يشتري الشيء إذا أظهر صاحبه - وهو الواحد في العقد الأول - رغبته في بيعه . ومن ثم يوجد عقدان ، وعد بالبيع من جانب واحد ووعد بالشراء من جانب واحد ، وقد وقع العقدان على نفس الشيء وتما بين نفس الطرفين (١) .

ثانياً - الوعد بالبيع والشراء من الجانبين . وفي هذه الحالة يوجد عقد

---

« بالانفصالية على سواه . فيكون تاجر التجزئة ملتزماً ، في حالة احتياجه لشراء السلعة ، أن يعرض على تاجر الجملة شراءها منه أولاً ، فإن قبل هذا فوريده السلعة تم البيع النهائي . وليس تاجر الجملة في هذه الحالة ملتزماً بتوريد السلعة ، فهو الموعود له ولم يلتزم بشيء ، ولملتزم هو تاجر التجزئة إذا احتاج إلى شراء السلعة . فإذا لم يتم تاجر التجزئة بالتزامه ، كان مستولاً نحو تاجر الجملة عن تعويض يكون عادة هو الربح الذي كان يجنيه تاجر الجملة لو أنه ورد السلعة إلى تاجر التجزئة .

وشبه بذلك أن يجهده المؤلف للناس أن يكون الناشر الانفصالية في نشر مؤلفه ، أو في نشر طبعة تالية منه ، بالشروط المنطق عليها ، فيما إذا اعتزم إصدار المؤلف مؤلفه . فيكون المؤلف هو الملتزم إذا اعتزم إصدار مؤلفه ، أن يعرض للناشر على النشر أولاً ، فإذا قبل هذا تم عقد النشر النهائي .

ومثل ذلك أيضاً أن تصهده مدرسة أو مستشفى باستيراد ما عسى أن يلزم من أثاث أو طعام من تاجر معين بالانفصالية على غيره .

(١) نظرية العقد المؤلف من ٢٦٣ هامش ١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨٢ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٧ ص ٩٢ ص ٩٣ . وقارن الأستاذ عبد المنعم الهمداني فقرة ٨٧ - ص ١٣١ - الأستاذ جميل الشرفاوي فقرة ٣١ ص ٧٠ - ص ٧١ .

واحد ، التزم بموجبه أحد الطرفين بأن يبيع شيئاً والتزم الطرف الآخر بأن يشتريه ، فيتم البيع بينهما ملزماً للجانبين على هذا النحو .

**٣٨- الوعد بالبيع والشراء مع جانب واحد :** نفرض أن صاحب الدار يريد أن يحصل على وعد بشرائها إذا أظهر رغبته في البيع ، وكان إظهار هذه الرغبة متوقفاً على أن يعثر على أرض صالحة يشتريها بدلاً من الدار . فتقدم له شخص وعقد معه وعداً بالشراء ، التزم بموجبه أن يشتري الدار بمبلغ معين إذا أظهر صاحب الدار في مدة محددة رغبته أن يبيعها منه . فهنا تم بين الطرفين عقد وعد بالشراء ، على الوجه الذي بيناه فيما تقدم . ونفرض في الوقت ذاته أن الواعد بالشراء يتوقع ظروفاً إذا وقعت تجعل شراءه للدار أمراً هاماً ، كأن ينتقل إلى المدينة التي فيها الدار فيتحذف الدار سكناً له . فيحصل من صاحب الدار على وعد يبيع الدار إياه إذا أظهر في مدة محددة رغبته في شرائها . فهنا أيضاً تم عقد وعد بالبيع بين نفس الطرفين بالنسبة إلى نفس الدار . وفي هذا الوعد بالبيع الواعد هو صاحب الدار ، وهو الملتزم وحده بهذا الوعد على النحو الذي قدمناه في الوعد بالبيع . أما في الوعد بالشراء فالواعد بالشراء هو الموعود له بالبيع ، وهو وحده الملتزم بهذا الوعد . في مثل هذه الحالة يكون هناك وعد بالبيع مع جانب واحد ، يقترن به وعد بالشراء من جانب واحد .

قد يعترض بأن الطرفين في هذه الحالة إنما يتماقدان على وعد بالبيع والشراء ، وأن الوعد بالبيع ملزم لأحد الطرفين ببيع الدار ، والوعد بالشراء ملزم للطرف الآخر بشرائها ، فيكون الوعد بالبيع والشراء ملزماً للجانبين ، هذا بالشراء وذلك بالبيع ، ويكون في حقيقته بيعاً نهائياً أبرمه الطرفان . ولكن هذا الاعتراض لا أساس له ، لأن الطرفين لم يريدوا هذا الوضع ، وإنما أرادوا أن يلتزم أحدهما ببيع الدار إذا أراد الآخر شراءها وتوافرت عنده الأسباب لهذا الشراء ، وأن يلتزم الآخر بشرائها إذا أراد الأول بيعها وتوافرت عنده الأسباب لهذا البيع . والفرق بين الوضعين كبير . والدليل على ذلك أنه في الوضع الذي نحن فيه - الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانب واحد - قد لا يتم البيع النهائي أصلاً ، ويكفي لذلك ألا تتوافر الأسباب عند



الطرف الأول لبيع الدار ، بالأيجد الأرض الصالحة التي يشتريها لتحل محل الدار ، فلا يظهر رغبته في البيع في الميعاد المحدد ، ومن ثم يسقط الوعد بالشراء وفي الوقت ذاته لا تتوافر الأسباب عند الطرف الآخر لشراء الدار ، بالألا ينتقل إلى المدينة التي فيها الدار ، فلا يظهر رغبته في الشراء في الميعاد المحدد ، ومن ثم يسقط الوعد بالبيع . فإذا ما سقط كل من الوعد بالبيع والوعد بالشراء ، فإن البيع النهائي لن يتم ، ويكون كل من الوعدين قد أدى الغرض الذي أريد به تحقيقه وسقط بعد أن أدى هذا الغرض . وهذا الوضع يختلف تماماً عن وضع الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين ، كما سئرى .

ومن ذلك يتبين أنه إذا عقد كل من الطرفين مع الطرف الآخر وعدا بالبيع ملزماً لجانب واحد ووعدا بالشراء ملزماً لجانب واحد ، أخذ كل وعد من هذين الوعدين حكمه . فالوعد بالبيع يتعقد على الوجه الذي سبق أن قررناه ، فإذا ما انعقد صحيحاً رتب التزاماً في ذمة صاحب الدار بأن يبيعها من الموعود له إذا رغب هذا في شرائها . فإذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء تم البيع النهائي وأصبح الموعود له مشترى للدار ، وإذا لم يظهر هذه الرغبة في الميعاد المحدد سقط الوعد بالبيع . والوعد بالشراء يتعقد أيضاً على الوجه الذي بيناه ، فإذا ما انعقد صحيحاً رتب التزاماً في ذمة الواعد بالشراء بأن يشتريها إذا رغب صاحب الدار في بيعها . فإذا أظهر هذا رغبته في البيع في الميعاد - وقد يكون نفس الميعاد المتفق عليه في الوعد بالبيع كما قد يكون أطول منه أو أقصر - تم البيع النهائي ، وإذا لم يظهر هذه الرغبة في البيع في الميعاد المحدد سقط الوعد بالشراء . فالبيع النهائي يتم إذن في أحد فرضين : إما بأن يظهر صاحب الدار رغبته في بيع الدار ، وإما بأن يظهر الطرف الآخر رغبته في شرائها . فإذا لم يظهر هذا رغبته في الشراء ، ولم يظهر ذلك رغبته في البيع ، فإن البيع النهائي لن يتم كما سبق القول .

### ٣٩ - الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين : قدمنا أن الوضع

في الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين يختلف عن الوضع السابق في الوعد بالبيع وبالشراء الملزم لجانب واحد . ففي الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين - وهذا

هو العقد الابتدائي كما سنرى — يلتزم صاحب الدار ببيعها للطرف الآخر ، وفي الوقت ذاته يلتزم الطرف الآخر بشرائها منه (١) . فعندنا هنا عقد واحد ملزم للجانبين ، أما في الوضع السابق فيوجد عقدان كل منهما ملزم لجانب واحد . وهنا لا بد أن يتم البيع ، بل هو قد تم فعلا فقد التزم صاحب الدار ببيعها والتزم الطرف الآخر بشرائها فتم البيع ملزماً للجانبين (٢) ، أما في الوضع السابق فقد لا يتم البيع أصلاً كما قلنا .

يبيى إذن أن نعرف لماذا لجأ الطرفان في الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين إلى عبارة الوعد وبها في الحقيقة يبرمان بيعاً تاماً ؟ السبب في ذلك يرجع إلى اعتبارات عملية محضة ، فقد أراد الطرفان إبرام بيع تام ، وسمياه بالوعد لأنهما يعتبران أن هذا البيع التام ليس هو البيع النهائي . فقد يريد المشتري ، بعد أن قيد البائع بالبيع وتقيده هو بالشراء ، أن يبحث عن حالة الدار من حيث ترتب حقوق عليها ، فإذا ما رآها خالية من التكاليف استبدل بالوعد البيع النهائي ، وإلا طلب الفسخ (٣) . وقد يريد المشتري ، بعد إبرام الوعد على النحو الذي قررناه ، أن يتسع له الوقت لتدبير الثمن ، حتى إذا ما دبره أبرم البيع النهائي . وقد يكون الأمر لهذا ولا ذاك ، ولكن تسجيل البيع يقتضى إجراءات تستغرق مدة من الزمن — وبخاصة إذا كان أحد الطرفين قاصراً حيث يضاف إلى إجراءات التسجيل إجراءات الحصول على إذن من المحكمة — ولكن يريد كل من الطرفين أن يقيد الآخر بعقد ابتدائي هو هذا الوعد ، وذلك إلى أن تتم الإجراءات اللازمة فيبرما البيع النهائي .

فالوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين هو إذن بيع تام ، ترتب عليه كل

---

(١) ولو فسنا ( استئناف مخطط ٢١ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٦١٠ ) .

(٢) استئناف مخطط ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٥ .

(٣) رولياً للمشتري عادة إلى الكشف عن حالة العقار في مصلحة النهر العقاري ، كما يصعد إلى تحقيق شهادات ملكية البائع حتى يتثبت من أنه مالك لما يبيع ( استئناف مخطط ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢١٤ - ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٨ - ١٤ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٥ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٧ - ٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ١٢ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ - ١٤ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٦ ) .

الآثار التي تترتب على البيع (١). وسنرى ذلك تفصيلاً عند الكلام في البيع الابتدائي ، لأن هذا الوعد ليس إلا بيعاً ابتدائياً كما قدمنا . وإلى هذا المعنى تشير المادة ١٥٨٩ من التتئين المدني الفرنسي ، إذ تقول : « الوعد بالبيع يعدل البيع إذا تراضى الطرفان على المبيع والثمن » (٢) . وقد اختلف الفقهاء في فرنسا في تفسير هذا النص ، ولكن الكثرة الغالبة من الفقهاء يفسرونه بحسب معناه الظاهر ، وهو أنه إذا وعد شخص آخر بالبيع ووعد الآخر الأول بالشراء ، واتفقا على المبيع والثمن ، فهذا هو البيع الكامل . ويستوى أن يبيع الشخص أو أن يعد بالشراء ، وعبرة « الوعد » مادامت منجزة وصادرة من الطرفين لتزعم كلاهما في الحال لا تختلف عن عبارة « البيع والشراء » (٣) . وإذا كان التتئين المدني الفرنسي قد عني بابرار هذا المعنى الواضح في نص خاص ، فإن ذلك يرجع إلى أسباب تاريخية تتصل بالقانون الفرنسي القديم (٤) .

(١) وإذا امتنع البائع عن تمكين المشتري من التسجيل ، جاز للمشتري إجباره على ذلك برفع دعوى صفة التصاق ( استئناف غنطال ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٩ ) .  
(٢) وهذا هو الأصل الفرنسي للنص : Art. 1589 C.C.F: La promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.  
(٣) لوران ٢٤ فقرة ٣١ - جيوار ١ فقرة ٧٧ - لاروميير ١ م ١١٣٨ فقرة ١١ - كوليه دي سائير ٧ فقرة ١٠ مكررة ثانياً - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ٧ - بودي وسينيا فقرة ٦٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٥ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٣٤ . أنظر عكس ذلك : توليه ٩ فقرة ٩٢ - ترولون في البيع فقرة ١٢٥ - ماركاديه ٦ م ١٥٨٩ فقرة ٥ - فقرة ٦ .

وأنظر بلانيول ( فقرة ١٤٠٠ ) حيث يذهب إلى أن المادة ١٥٨٩ فرنسي إنما تعني الوعد بالمبيع الملزم للجانِب واحد، وأنه يتحول إلى بيع كامل إذا تم الاتفاق نهائياً على المبيع والثمن ورضى للمشتري بالشراء ، فيتم الاتفاق عندئذ على جميع عناصر البيع .

(٤) ذلك أن البيع في القانون الفرنسي القديم كان لا ينقل الملكية بحكم العقد كما قدمنا ، والتسليم هو الذي كان ينقلها . ثم ألغى الناس في التعامل أن يذكروا في عقود البيع أن التسليم قد تم ( clause de dessaisine saisine ) ، فنقلت الملكية بهذا التسليم لا بالعقد . ثم صارت هذه العبارة من الشروط المألوفة في عقود البيع ، ولو لم يتم التسليم بالنقل ، فكانت الملكية تنتقل على أساس هذا التسليم الصوري . هذا كله كان يقع في عقد البيع . أما إذا استعمل المتبايعان عبارة الوعد ، فوعد البائع بالبيع ووعد المشتري بالشراء ، فلم يكن مألوفاً في التعامل أن يمتد شرط التسليم الصوري إلى هذا الوعد . فبقى الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين لا ينقل =

## ثانياً - البيع الابتدائي

٤٠ - صور تطور البيع الابتدائي : قدمنا (١) أنه يمكن أن نتصور

مرحلة ابتدائية في البيع في إحدى الصور الثلاث الآتية :

أولاً - يتفق الطرفان على مشروع كامل لعقد البيع ، ولكنهما لا يلتزمان فوراً بهذا المشروع ، فيبقى مشروعاً غير ملزم . ثم يحولان المشروع إلى عقد بيع ملزم في صورة نهائية ، في ورقة رسمية أو في ورقة عرفية . وعند ذلك يكون هناك بيع ابتدائي هو هذا المشروع غير الملزم ، يتلوه بيع نهائي هو عقد البيع الملزم الذي أبرماه بعد ذلك . وغنى عن البيان أن هذه الصورة لا تبرز خصائص البيع الابتدائي ولا خصائص البيع النهائي . فالمشروع الذي سيأه الطرفان بالبيع الابتدائي غير ملزم لأحد كما قدمنا ، ولا يستطيع أى من الطرفين أن يجبر الآخر بموجب هذا المشروع على إبرام البيع النهائي . ومن ثم يحسن عدم الوقوف عند هذه الصورة وعدم تسمية المشروع بيعاً ابتدائياً ، فهو ليس ببيع أصلاً لأنه مشروع غير ملزم . كذلك يحسن عدم تسمية البيع إذا أبرم تنفيذاً للمشروع بالبيع النهائي ، إذ لم يتقدمه بيع ابتدائي يجعله نهائياً ، بل تقدمه مشروع غير ملزم ، فهو بيع فحسب . وإنما يتميز عن غيره من البيوع بأنه قد سبقته مفاوضات ومساومات انتهت إلى مشروع محدد ، ثم أبرم البيع بعد ذلك دون أن يتقيد الطرفان بالمشروع ، فلهما أن يتبرا فيه ما شاءا ، بل لهما أن يعدلا عنه بتاتاً ولا يبرما البيع .

== الملكية ، لا بنفسه لأن المقد كان لا ينقل الملكية ، ولا يحكم شرط التسليم الصوري لأن هذا الشرط لم يكن مألوفاً إدراجاً في هذه الصورة من البيع . فلما أصبح المقد ينقل الملكية بنفسه في التقنين المدل الفرنسي ، لم يعد هناك فرق بين البيع والوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين ، فالعقد في الحالتين ينقل الملكية دون حاجة إلى شرط التسليم . فأراد المشرع الفرنسي أن يبرز هذا المحق ، فأورد نص المادة ١٥٨٩ ليقرر فيه أن الوعد بالبيع يعدل البيع إذا تراضى الطرفان على المبيع والائن ، ويقصد أن الوعد يعدل البيع من حيث إن كلا منهما ينقل الملك إلى المشتري ، خلافاً للقانون الفرنسي القديم حيث كان الوعد لا ينقل الملك ( انظر في ذلك وفي الأعمال التفسيرية لتقنين المدل الفرنسي بودرى وسينيا فقرة ٦٠ ) .

(١) انظر آتفاً فقرة ٢٢ .

ثانياً - يتفق الطرفان على وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد ، فلا يتقيد صاحب الدار ببيعها إلا إذا أظهر الطرف الآخر رغبته في الشراء ، ولا يتقيد الطرف الآخر بالشراء إلا إذا أظهر صاحب الدار رغبته في البيع . فإذا رغب الموعود له في البيع أو في الشراء ، تم البيع النهائي على الوجه الذي قدمناه في الوعد بالبيع وبالشراء الملزم لجانب واحد . وهنا يمكن القول إن هناك عقد بيع نهائي هو البيع الذي تم باظهار صاحب الدار رغبته في البيع ، أو باظهار الطرف الآخر رغبته في الشراء . ولكن لا يمكن القول إن هذا البيع النهائي قد سبقه بيع ابتدائي ، وإنما سبقه وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد .

ثالثاً - يتفق الطرفان على وعد بالبيع وبالشراء ملزم للجانبين ، وهذه هي الصورة العملية الصحيحة لما يسمى بالعقد الابتدائي (١) . ويتلو هذا البيع الابتدائي بيع نهائي ، يبرم في ميعاد محدد يتفق عليه (٢) . وقد سبق أن استعرضنا الاعتبارات العملية المختلفة التي تدعو إلى إبرام البيع على مرحلتين ، مرحلة ابتدائية ومرحلة نهائية (٣) .

والفرق واضح بين هذه الصورة الأخيرة والصورتين السابقتين . ففي إحدى الصورتين السابقتين قد رأينا أنه لا يوجد في الواقع من الأمر بيع ابتدائي وبيع نهائي ، وإنما يوجد بيع واحد هو الذي أبرمه الطرفان تنفيذاً للمشروع الذي أعد من قبل . والصورة الأخرى ليست إلا صورة الوعد بالبيع وبالشراء

---

(١) وقد اقتصرنا حل هذه الصورة في الجزء الأول من الوسيط عند الكلام في الوعد بالتعاقد ، فحفظنا الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين والمقد الابتدائي شيئاً واحداً ( الوسيط ١ فقرة ١٣١ - فقرة ١٣٩ ) . ولم نشر هناك إلى الوعد بالتعاقد الصادر من كل الطرفين والملزم لجانب واحد ، وفككنا لثبوت في العمل . وقد اتسع له المقام عند الكلام في البيع ، لأنه إذا تحقق عملياً فلنما يتحقق في صورة وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد .

(٢) أما البيع الذي اشترط البائع دفع الثمن كاملاً أو دفع قسط منه فينقلب ألا يكون بيعاً ابتدائياً ، بل هو بيع ملحق بل شرط واقف ( قانون استئناف محظوظ ١٩ مارس سنة ١٩١٣ ص ٢٥٤ - ٢٣٥ ) .

(٣) من بين هذه الاعتبارات توفير الوقت اللازم للمشتري ليبحث عن حالة المقار المبيع ، أو للتثبت من مستندات ملكية البائع ، أو تدبير الثمن ، أو الانتهاء من إجراءات التسجيل ( أنظر أيضاً فقرة ٢٩ ) .

للملزم لجانب واحد . أما الصورة الثالثة ، صورة الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين ، فهذه هي الصورة الصحيحة للبيع الابتدائي .  
فتقف إذن عند هذه الصورة الأخيرة لنفصل ما يتعلق بها من الأحكام ،  
وننبه منذ الآن إلى أننا إذا أطلقنا عبارة « البيع الابتدائي » فأنما نريد هذه الصورة دون غيرها .

٤١ - **البيع الابتدائي في صورته العملية المصممة** : قلنا إن الطرفين يعقدان بيعاً ابتدائياً (١) ، ويحددان ميعاداً يتفقان عليه لإبرام البيع النهائي مكتوباً في ورقة عرفية أو في ورقة رسمية (٢) . فننظر الآن في الآثار التي ترتب على هذا البيع الابتدائي ، ثم ننظر ماذا يكون مصير هذا البيع الابتدائي عند إبرام البيع النهائي .

٤٢ - **الآثار التي ترتب على البيع الابتدائي** : إذا كان البيع الابتدائي يتعد صحيحاً بنفس الأركان وشروط الصحة التي يتعد بها البيع صحيحاً ، فإنه أيضاً يترتب عليه من الآثار ما يترتب على البيع (٣) . فالبايع قد التزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري (٤) ، والتزم نحوه بتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . والمشتري قد التزم بدفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع . وأهم ما يسترعى النظر في العقد الابتدائي - وهذا ما يميزه عن

---

(١) أنظر استئناف مخطط ٦ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٢٨ - ١٨ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٥٦ - ٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٤ - ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٢٣ .  
(٢) وينبغي أن يصاغ البيع الابتدائي بحيث يلتزم فيه البائع أن يبيع والمشتري أن يشتري ، دون أن يذكر فيه لفظ « الوعد » ، شأن البيع الابتدائي في ذلك شأن البيع النهائي . وهذا يدل على أن الجانبين قصدوا بالبيع الابتدائي بيعاً كاملاً باتاً منتجاً لجميع آثاره .  
(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن وصف العقد بأنه عقد ابتدائي ، «أخذاً بالعرف الذي جرى على إطلاق هذا الوصف على عقود البيع التي لم تراعى في تحريرها الأوصاف التي تتطلبها قانون التسجيل ، هذا الوصف لا يحول دون اعتبار البيع باتاً لازماً ، متى كانت صيغته دالة على أن كلا من طرفيه قد ألزم نفسه الوفاء بما التزم به على وجه قطعي لا يقبل العكس ( نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجسومة محرر ٥ رقم ١٢٨ ص ٢٨٢ ) .  
(٤) استئناف مخطط ٦ يناير سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ١٠٤ .

عقد البيع بوجه عام - أن كل هذه الالتزامات لا يقصد تنفيذها في الحال ، بل تبقى موقوفة إلى حين تحرير العقد النهائي . إذ المفروض أن المتبايعين ، بتسميتهما العقد ببيعاً ابتدائياً ، إنما أرادا أن البائع لا يطلب بالثمن - فيما عدا ما قد يتفق عليه من عربون - حتى يحرر البيع النهائي ، وأن المشتري لا يطلب بتسليم المبيع ولا يريعه حتى هذا الوقت . ويزيد البيع الابتدائي في آثاره أنه ينشئ التزاماً في ذمة كل من الطرفين بإبرام البيع النهائي في الميعاد المتفق عليه (١) .

ويترتب على ما قدمناه نتيجةتان عمليتان هامتان :

( الأولى ) لما كان البيع الابتدائي ينشئ كل آثار البيع ، فإن الشفعة تجوز فيه وتستحق من وقت صدوره . فإذا بيع عقار ببيعاً ابتدائياً ، وكان لهذا العقار شفع ، استطاع الشفع أن يطلب الأخذ بالشفعة من وقت صدور البيع الابتدائي ، وتسرى مواعيد الشفعة من هذا الوقت (٢) .

( والثانية ) لما كان البيع الابتدائي ينشئ - إلى جانب الالتزامات التي ينشئها البيع عادة - التزاماً في ذمة كل من الطرفين بإبرام البيع النهائي في خلال مدة معينة ، وهذا الالتزام هو التزام بعمل ، فإنه إذا امتنع أحد الطرفين دون مبرر (٣)

---

(١) وقد كان من الممكن أن يكفي البيع الابتدائي بأنه عقد يقتصر على إلزام كل من الطرفين أن إبرم البيع النهائي في ميعاد معين ، فهو ينشئ في ذمة كل منهما التزاماً بعمل (obligation de faire) لا التزاماً بأعطاء (obligation de donner) . فلذا امتنع أحدهما عن إبرام البيع النهائي ، استصدر الآخر حكماً يقدم مقام هذا البيع ، على النحو الذي رأيناه في الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ( أنظر بیدان ١١ فقرة ٣٢ ) . ومقتضى هذا التكييف أنه لا تجوز الشفعة في البيع الابتدائي ، ولكن القضاء المصري قد استقر على جواز الشفعة فيه ، ومن ثم يكون التكييف الذي نقول في المتن هو المتفق مع القضاء المصري .

(٢) استئناف مخطوط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٧-٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٩ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٤ .

(٣) ومن المبررات أن يجد المشتري العقار المبيع متغلا حتى عيى لم ترد إشارة إليه في البيع الابتدائي ، فيحق للمشتري في هذه الحالة الاستناع عن إبرام البيع النهائي ونسخ البيع الابتدائي . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن للمشتري أن يمنع عن تحرير العقد النهائي ومن دفع الثمن إذا تبين له أثناء الأجل أن المبيع مثقل بحقوق عينية لم يحظره بها البائع ( ٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ٢٢٧ - ٥ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٢ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ ) . وقضت أيضاً بأن للمشتري فسخ البيع الابتدائي إذا امتنع البائع عن تنفيذ التزامه بتسليم مستندات الملكية ( ٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٩٢ ) .

عن القيام بالزامه من إبرام هذا العقد ، جاز للطرف الآخر إجباره على القيام بهذا الالتزام . والسبيل إلى ذلك هو أن يستصدر حكماً ضده بوقوع البيع أو بصحة التعاقد ، وهذا الحكم يقوم مقام العقد النهائي ، وإذا كان المبيع عقاراً سجل هذا الحكم فتنقل ملكية العقار إلى المشتري بتسجيله (١)

### ٤٣ - مصير البيع الابتدائي عند إبرام البيع النهائي : قدمنا أن

كلًا من الطرفين ملزم بإبرام البيع النهائي ، وأنه يجبر على ذلك باستصدار حكم ضده ، فما هو مصير البيع الابتدائي بعد إبرام البيع النهائي ؟ ينسخ البيع النهائي البيع الابتدائي ويحل محله ، فلا يبقى إلا هذا البيع النهائي لتنظيم العلاقات بين المتبايعين (٢) . ويمكن القول إن إبرام البيع النهائي يكون بمثابة تقابل (٣) من البيع الابتدائي ، فيعتبر البيع الابتدائي كأن لم يكن ، ولا يكون هناك إلا البيع النهائي . وبما يترتب على ذلك من النتائج ما يأتي :

١ - تاريخ البيع هو تاريخ البيع النهائي ، لأنه هو البيع الوحيد القائم ما بين الطرفين ، ولا عبرة بتاريخ البيع الابتدائي فهذا بيع قد نسخ كما قدمنا (٤) .

---

(١) وليس هذا إلا تطبيقاً للمادة ٢١٠ مدني إذ تقول : " في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام " .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه عند وجود بيع رسمي اتفق فيه الطرفان - وإلياً على شروط البيع ، يجب أن تزول جميع الاتفاقات والعقود التي سبقت هذا البيع النهائي . فإذا استحدث البيع النهائي تعديلاً في الشروط التي كانت مذكورة في البيع الابتدائي أوفى دفتر السطاء ، فالعبرة بالشروط المعدلة التي استقرت في البيع النهائي (١٢ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦١) . ومع ذلك يمكن الاعتداد بالبيع الابتدائي في تفسير ما غُض من الشروط في البيع النهائي ، على أن يكون ذلك مجرد تفسير لا يستعمل جديداً في شروط البيع النهائي ولا يتعارض في شيء مع هذه الشروط ( استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١١٦ ) فإذا كان العقد الابتدائي منصوباً فيه على أن المبيع هو قطعة أرض مقام عليها منزل . ولم يذكر العقد النهائي هذا المنزل على وجه التحديد ، جاز استخلاص اشتراط المبيع على المنزل أيضاً من مراجعة العقد الابتدائي ( نقض مدني ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٤ ص ٤٧٢ ) .

(٣) أما إذا كانت شروط البيع النهائي هي نفس شروط البيع الابتدائي ، فإن البيع النهائي يكون بمثابة تثبيت للبيع الابتدائي ( قارب بلاذويك وريير وهامل ١٠ فقرة ١٧٥ ) .

(٤) وترتب على ذلك أن البيع إذا كان واقعاً على عقار ملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية ، فخطير ما إذا كان التبن يزيد على الخمس ( م ٢/٤٢٥ مدني ) يكون وقت صدور البيع النهائي لا وقت صدور البيع الابتدائي .



٢ - يجوز أن يختلف البيع النهائي في شروطه عن البيع الابتدائي ، ولكن ذلك لا يكون إلا باتفاق الطرفين . فيجوز أن يتفق على تعديل في مقدار الشيء المبيع ، أو تعديل في الثمن ، أو تعديل في سائر شروط البيع الابتدائي ، ولا قيد عليهما في ذلك إلا وجوب اتفاقهما عليه (١) . فإذا امتنع أى منهما عن قبول تعديل في شروط البيع الابتدائي ، التزم الآخر بهذه الشروط دون تعديل ، ووجب عليه إمضاء البيع النهائي بالشروط نفسها التي تم بها البيع الابتدائي .

٣ - إذا اتفق الطرفان على أن يكون البيع النهائي مكتوباً في ورقة رسمية ، فإن البيع يكون رسمياً حتى لو كان البيع الابتدائي مكتوباً في ورقة عرقية أو غير مكتوب أصلاً . ومن ثم يستطيع البائع أن ينفذ بالثمن بموجب الورقة الرسمية التي حررت بالبيع النهائي ، كما يستطيع المشتري أن ينفذ بتسليم المبيع بموجب هذه الورقة (٢) .

٤ - إذا كان البيع الابتدائي قد نسخ كما قدمنا بأثر رجعي ، فإن هذا النسخ لا يجوز أن يمس حقوق الغير . فإذا كان الشفيع قد طلب الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي ، بنى حقه في الشفعة قائماً وبشروط البيع الابتدائي ، حتى بعد إبرام البيع النهائي ، وحتى لو تغيرت شروط البيع النهائي عن شروط البيع الابتدائي . وإذا كان المشتري ينفذ ابتدائي قد أجر العين التي اشتراها ، بى ملتزماً بهذا

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم فيما حصله من وقائع الدعوى لتحديد التزامات كل من طرفي التعاقد توطئة لمرفة المقصر منهما قد رجع إلى عقد البيع الابتدائي دون العقد النهائي الذي اختلفت شروطه عن العقد الابتدائي ، وبه استقرت العلاقة بين الطرفين ، فإنه يكون قد خالف القانون بعدم أخذه بهذا العقد الذي يكون هو قانون المتعاقدين ( نقض مدني ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٤ ص ٣٠٢ . وانظر أيضاً : نقض مدني ٢٠ يولييه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٢ ص ٨٩٤ . استئناف مخطوط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧ : ذكرت ملحقات للأرض في البيع الابتدائي ولكنها لم تذكر في البيع النهائي ) . انظر أيضاً الأستاذ أنور سلطان بقرة ٨٥ ص ١٠٩ - استئناف مخطوط ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩١ . وإذا خلا البيع النهائي من الشرط الجزائي الوارد في البيع الابتدائي ، دل ذلك على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط ( نقض مدني ٩ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٥ ص ١٦ ) .

(٢) ومن وقت إبرام البيع النهائي ، يستطيع البائع أن يطالب المشتري بالثمن إذا كان معيلاً ، بل وله أن يمنع من إبرام البيع النهائي إذا لم يقبض الثمن في مجلس العقد . وكذلك يستطيع المشتري من هذا الوقت أيضاً أن يطالب البائع بتسليم المبيع وبريهه ، وهذا ما لم يكن هناك ميعاد آخر متفق عليه للتسليم ولاتسحاق الرجوع ، أو ما لم يوجد نص في القانون يقضي بغيره .

الإيجار حتى بعد إبدال البيع الابتدائي بالبيع النهائي . وإذا كان المشتري قد تصرف في المبيع ، بنى أيضاً ملزماً بهذا التصرف ، حتى بعد إبرام البيع النهائي .

٥ - ويبدو أن الشفعيع إذا فاته الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي ، جاز له الأخذ بالشفعة في البيع النهائي وفي مواعيد هذا البيع . ولكن إذا هو أسقط شفيعته بعد علمه بالبيع الابتدائي ، بأن نزل عنها أو ترك المواعيد تفوت ، لم يستطيع بعد ذلك الأخذ بالشفعة في البيع النهائي ، إلا إذا اختلفت شروط البيع النهائي عن شروط البيع الابتدائي ، وبخاصة إذا أنقص الثمن . وذلك أن الشفعيع إذا كان قد نزل عن حقه في أخذ المبيع بالشفعة بضمن معين ، فإن هذا لا يستلزم حقاً أنه قد نزل عن حقه في أخذ هذا المبيع بالشفعة بضمن أقل .

### ثالثاً - البيع بالعربون

٤٤ - الصورة العملية للبيع بالعربون : أكثر ما يقع الانساق على العربون (arrhes) في البيع الابتدائي في الصورة التي بسطنا أحكامها فيما تقدم . فيبرم المتعاقدان بيعاً ابتدائياً ، ويحددان ميعاداً لإبرام البيع النهائي ، ويتفقان في البيع الابتدائي على عربون يدفعه المشتري للبائع . فإذا امتنع المشتري عن إبرام البيع النهائي في الميعاد المحدد ، خسر العربون الذي دفعه للبائع ، وسقط البيع الابتدائي . وإذا كان الذي امتنع عن إبرام البيع النهائي هو البائع ، ترتب على امتناعه نفس الجزاء المتقدم ، فيسقط البيع الابتدائي ، ويخسر البائع قيمة العربون بأن يرد للمشتري الذي أخذه منه ومعه مثله .

٤٥ - أحكام البيع بالعربون : وقد ورد نص في التعاقد بالعربون بوجه عام ، فقد نصت المادة ١٠٣ من التقنين المدني على أن « ١ - دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . ٢ - فإذا عدل من دفع العربون ففقدته ، وإذا عدل من قبضه رد ضيقه ، وهذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر (١) » . وتنتوي :

(١) أنظر في تاريخ هذا النص الوسيط جزء أول فترة ١٤٠ في الهامش .

الآن تطبيق هذا النص على عقد البيع بالذات ، بعد أن شرحناه فيما يتعلق بالعقد بوجه عام (١) .

والذي يقع عادة هو أن يعطى المشتري للبائع مبلغاً من النقود يسميه عربوناً ، ويعتبره مبدئياً جزءاً من الثمن . ويكون لدفع العربون على هذا الوجه إحدى دلتين : فاما أن يكون غرض المتبايعين حفظ الحق لكل منهما في العدول عن البيع في نظير أن يدفع قيمة العربون للطرف الآخر ، وإما أن يكون الغرض هو تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون فلا يكون لأحد من المتبايعين حتى العدول عن البيع .

ولم يكن التفتين الملقى السابق يشتمل على نص يغلب إحدى هاتين الدلتين على الأخرى عند الشك ، فكان القضاء المصري يتردد بينهما ويفسر لية المتبايعين بحسب العرف الجارى . والعرف في مصر يجعل دلالة العربون في البيع الابتدائي جواز العدول ، وفي البيع النهائي التأكيد والبت (٢) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٤٠ - فقرة ١٤٢ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١٤١ - وقد قضت محكمة النقض بأن العربون ما يقدمه أحد المتبايعين إلى الآخر عند إنشاء العقد . وقد يريد المتعاقدان بالاتفاق عليه أن يجعل عقداً مبرماً بينهما على وجه نهائي ، وقد يريدان أن يجعل لكل منهما الحق في انشاء العقد أو نقضه . ونية المتبايعين هي وحدها التي يجب التحويل عليها في إعطاء العربون حكمه القانوني . وعلى ذلك إذا استخلص الحكم من نصوص العقد أن نية عاقلية انعقدت على تمامه ، وأن المبلغ الذي وصف فيه بأنه عربون ما هو في الواقع إلا قيمة التحويل الذي اتفقا على استحقاقه عند الفسخ المسبب عن تقصير أحد المتبايعين في الوفاء بما التزم به ، وكان ما استظهرته محكمة الموضوع من نية المتبايعين على هذا النحو تفسيراً للعقد تحتله عباراته ، فذلك يدخل في سلطات التقديرية التي لا تخضع فيها وقاية محكمة النقض (نقض مدني ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص ١٣٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العربون في العقد الابتدائي دليل على جواز العدول . وفي العقد النهائي دليل على البتات ( ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٢ - ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٩٢ - ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٢ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٤ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١١ - ٥ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ٢١٥ - وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مصر ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٣٩ ص ٦٥ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٩٠ ص ١٣٦) . وهناك أحكام قضائية بأن العربون في حالة الشك يدل على جواز العدول (استئناف مصر ٥

ثم جاء التفتين المدني الجديد بالنص الذي قدمناه - م ١٠٣ مدني - يقيم قرينة قانونية تقبل لإثبات العكس . وتقضي هذه القرينة بأن الأصل في دفع العربون أن تكون له دلالة جواز العدول عن البيع ، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمناً أن دفع العربون معناه البت والتأكيد والبدء في تنفيذ العقد . وقد قدمنا أن العربون لا يدفعه المشتري عادة للبائع إلا عند توقيع البيع الابتدائي ، أما عند توقيع البيع النهائي فالذي يدفع هو التمن إذا كان معجلاً أو قسط منه إذا كان مقسطاً أو لا يدفع منه شيء أصلاً إذا كان مؤجلاً . فنقتصر على الصورة العملية التي يدفع فيها المشتري العربون للبائع عند توقيع العقد الابتدائي .

فإذا لم يتبين من العقد الابتدائي ماذا قصد المتبايعان من حيث دلالة العربون ، فهناك قرينة قانونية كما قدمنا على أن العربون يراد به أن يكون لكل من المتبايعين

---

== ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ٢١ رقم ٢٦ ص ٣٥ - القضاء المستعجل ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٦ ص ١١١ - استئناف غنط ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٣ - ٣١ مارس ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٤ ) ، وأحكام تقضي على العكس من ذلك بأن العربون في حالة الشك يكون دليلاً على البتات ويكون بمثابة شرط جزائي ( استئناف مصر ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ، رقم ٢/١٢٢ ص ٤٨٦ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٢/٧ ص ٢٩٢ ) وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دلالة العربون ، وقد تكون لتأكيد العقد لا لجواز العدول عنه ، تترك لتفسير نية المتبايعين ( ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ - ٢٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٧ ) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان العربون دليل العدول لوقت معين ، لم يحز العدول بعد انقضاء هذا الوقت . أما إذا لم يبين وقت لجواز العدول ، جاز العدول إلى وقت التنفيذ . ولا يجوز إساءة استعمال الحق في العدول ، فالبائع الذي أظهر نيته في أن يمضي في العقد دون استعمال حقه في العدول ، وأخذ يقوم بالإجراءات اللازمة لإتمام العقد حتى أوشك على إتمامها ، ثم عدل بعد ذلك فجأة ، لا يقتصر على خسارة العربون ، بل يجب أيضاً أن يدفع تعويضاً لإساءة استعمال حقه في العدول ( ٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ وقد سبق الإشارة إليه ) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه وإن كان لكل من الطرفين حق الخيار في الرجوع مع خسارة قيمة العربون ، إلا أنه لا يجوز امتداد في ذلك الحق إلى أجل غير محدود ، فإن كان المتبايعان قد حدداً ميماًاً لنقض البيع مقابل ترك العربون فلا دوام لهذا الحق إلا لأجل الأجل المضروب بحيث إذا انقضى الميماً سقط حقهما في النقض . فإن لم يكن ثمة ميماً فيدوم خيار النقض ، إما إلى حين تنفيذ العقد كما لو سلم البائع المبيع للمشتري أو دفع المشتري للبائع أمماًاً من التمن ، وإما إلى أن يكلف أحد المتبايعين الآخر تكليفاً رسمياً بتنفيذ الاتفاق أو إيداء رغبته في نقضه مقابل خسارة العربون ، حتى لا يبقى التماقد معلقاً إلى أجل غير مسمى ( ٨ فبراير سنة ١٩٤٨ الجمعية الرسمية ٥٠ رقم ١١٤ ) .

حق الرجوع في البيع وعدم إبرام البيع النهائي . وفي هذه الحالة يستطيع المشتري أن يرجع في البيع . فيخسر العربون الذي دفعه إلى البائع ولا يسترد منه . في نظير هذا الرجوع (١) . ولا يعتبر العربون تمويضاً عن ضرر أصاب البائع ، بل هو جزاء حتمى يدفعه من عدل عن البيع للطرف الآخر ، حتى لو لم يترتب على العدول أى ضرر كما هو صريح النص .

كذلك يستطيع البائع أن يرجع في البيع ، ويكون الجزاء على هذا العدول هو كما قدمنا أن يدفع للمشتري قيمة العربون ، فيرد له أولاً العربون الذى أخذه منه ثم مقدراً ما معادله هو الذى يستحقه المشتري فوق استرداده لما دفعه وهذه القرينة القانونية التى استحدثها التقنين الجديد تسرى من وقت العمل بهذا التقنين ، فلا يعمل بها إلا فى عقود البيع التى تمت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

وقد بين البيع الابتدائى دلالة العربون . فاذا بينها على أنها لجواز العدول عن البيع ، كان الحكم الذى قدمناه . وإذا بينها على أنها للبت والتأكيد ، لم يجوز لأى من المتبايعين الرجوع فى البيع ، واعتبر العربون المدفوع جزءاً من الثمن ، وجاز لأى من الطرفين إلزام الطرف الآخر بإبرام البيع النهائي (٢) .

---

(١) وهذا على أن يكون رجوعه فى المدة المتفق عليها إذا حددت مدة الرجوع ، فإذا انقضت هذه المدة سقط حق الرجوع وتأكده العقد ، وأصبح العربون جزءاً من الثمن . أما إذا لم تحدد مدة الرجوع ، فالمشتري الرجوع فى أى وقت إلى يوم التنفيذ ، وجزاء رجوعه هو خسارة العربون كما قدمنا ( استئناف مخططه ٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ - ٨ يوفيه سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٣٩ ) . على أن المشتري ، حتى فى خلال المدة التى يجوز له الرجوع فيها ، إذا أظهر نيته فى إضفاء العقد وتنفيذه ، اعتبر أنه قد أساء استعمال حقه فى الرجوع إذا رجع بعد ذلك . وكان مستولياً من تمويض فوق خسارته للعربون ( استئناف مخططه ٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم ) .

(٢) ويعتبر دفع العربون تنفيذاً جزئياً يجب استكمال . ونجرب على العقد الذى أبرم القواعد العامة التى تجرى على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ . وإذا فسخ العقد وترتب على الفسخ تمويض فليس من الضروري أن يقدر التعويض بمقدار العربون ، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامته المقرر ( الوسيط جزء أول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٤ ) .

هذا وقد كان لإشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشمل على نص هو المادة ١٥٣ من هذا

وقد بين البيع الابتدائي أن للعربون دلالة العدول بالنسبة إلى أحد المتعاقدين دون الآخر . فيجعل للبائع وحده الحق إما في إلزام المشتري بإبرام البيع النهائي، وإما في الاقتصار على أخذ العربون مع إسقاط البيع . وكذلك قد يجعل البيع الابتدائي هذا الحق للمشتري وحده، فيجوز له إما إلزام البائع بإبرام البيع النهائي وإما الاقتصار على استرداد العربون ومقدار مثله .

#### ٤٦ - التكيف القانوني للعربونه : قدمنا أنه إذا كانت دلالة العربون

يجوز الرجوع في البيع ، فإن العاقد الذي يرجع يلتزم بدفع قيمة العربون للعاقد الآخر . ولكن هذا الالتزام ليس تعويضاً عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء العدول ، فإن النص صريح في أن هذا الالتزام موجود حتى لو لم يتربط على العدول أى ضرر . فالعربون إذن معناه في نظر المشرع أن المتبايعين قد أرادا إثبات حق الرجوع لكل منهما في نظير الالتزام بدفع قيمة العربون ، فجعلنا العربون مقابلاً لحق الرجوع . ومن ثم لا يجوز تخفيض العربون إذا تبين أن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر أقل من قيمته ، كما لا يجوز زيادته إذا تبين أن الضرر أكبر ، ما لم يكن هناك تعسف في استعمال حق الرجوع فتكون الزيادة تعويضاً عن التعسف لا تعويضاً عن الرجوع في ذاته . ولا يجوز عدم الحكم بالعربون حتى إذا تبين أنه ليس خناً أى ضرر ، كما سبق القول .

فالعربون إذن هو مقابل للرجوع في البيع ، أى بدل عن هذا الرجوع .

== المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي : ١ - إذا نفذ الالتزام الذي من أجله دفع العربون خصم العربون من قيمة هذا الالتزام ، فإذا استحال الخصم استرد العربون من دفعه . ٢ - ويتعين كذلك رد العربون إذا استحال تنفيذ العقد لظروف لا يكون أحد من المتعاقدين مسئولاً عنها ، أو إذا فسخ العقد خطأً من المتعاقدين أو باتفاق بينهما . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لإمكان الاستثناء عنه اكفاء بتطبيق القواعد العامة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨٠ - ص ٨٢ في الماشي ) . وينبغي أنه إذا تقرر تنفيذ البيع الذي دفع فيه العربون فأصبح العربون تنفيذاً جزئياً لهذا البيع ، ثم طرأ بعد ذلك ما جعل البيع يستحيل تنفيذه لسبب أجنبي ، فإن العقد يفسخ ويجب رد العربون . وكذلك يكون الحكم لو فسخ العقد خطأً من المتبايعين كليهما أو باتفاق بينهما ، فليس أحدهما أول بالمسئولية من الآخر ، فيرد العربون لمن دفعه ( يودرى وسيشيا فقرة ٨٣ ) .

فيمكن تكييفه بأنه البذل في التزام بدلي . ويكون المدين - بائعاً كان أو مشترياً - ملتزماً أصلاً بالالتزام الوارد في البيع ودائماً في الوقت ذاته بالحق الذي يقابل هذا الالتزام . ولكن تبرا دمه من الالتزام - ويسقط بداهة الحق المقابل تبعاً لذلك - إذا هو أدى العربون (١) . ويترتب على ذلك أن العربون بذل مستحق بالعقد ، فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد وليس فسخاً له (٢) .

(١) وإذا كان العربون مقترناً بوعده بالبيع أو بالشراء ملزم لجانب واحد ، فهذا هو الالتزام البذل المخص . إذ الواعد - وهو الذي دفع العربون - يلتزم بإبرام العقد التام إذ ظهرت رغبة الآخر في إبرامه ، وله بدلا من ذلك أن يترك العربون وهذا هو البذل (قارن سينايا فقرة ٨٨) . أنظر أيضاً محاضرات الأستاذ حسن الذنون في نظرية العقد في القانون المدني العراقي في معده الدراسات العربية العالية فقرة ٢٦ ص ٢٣ ، وهو يتفق معنا في هذا الرأي . ويعترض الأستاذ سليمان مرقس على تكييف العربون بأنه التزام بدلي بأن « الالتزامات التي ينتجها البيع البات في ذمة البائع متعددة ولكل منها محله الخاص ، ويميز البائع في البيع بالعربون أن يبرأ منها جميعاً بمجرد عدوله عن البيع على أن يحل محلها التزام آخر متاخر لها هو البيع بقيمة العربون ، فلا يستقيم إعتبار ذلك التزاماً بدلياً » ( البيع فقرة ٤٢ ص ٦٢ ) . ولا نرى ما يمنع من أن يكون المحل الأصلي في الالتزام البذل محالاً متعدد ، بينما يكون البذل محلاً واحداً .

(٢) وفي الفقه الفرنسي يذهب بعض الفقهاء إلى أن البيع بالعربون بيع ملحق على شرط فاسخ ، فينفذ البيع في الحال ولكن يجوز لكل من المتبايعين فسخ البيع فيخسر العربون ( كروليه دي سانتير ٧ فقرة ١١ مكررة تاسماً وعاشراً - جيوار ١ فقرة ٢٣ ) . ويذهب بعض آخر إلى أنه بيع ملحق على شرط واقف ، فلا ينفذ إلا إذا انقضت المدة المحددة ولم يرجع أحد المتبايعين في البيع ، ومن ثم يقف انتقال الملكية إلى أن يتحقق الشرط الواقف ولكن إذا تحقق انتقلت بأثر رجعي ، وتكون ثمة هلاك المبيع قبل تحقق الشرط الواقف على البائع لا على المشتري ( بودري وسينايا فقرة ٨٠ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٣٨ - جورسان ٢ فقرة ١٠٦٨ - وقارن بلازيول وديريز وهامل ١٠ فقرة ٢٠٩ ص ٢٤٦ ) . وسواء اعتبر البيع ملحقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ ، فإنه يصعب تعيين مصدر الالتزام ببلغ العربون ما دام البيع يزول بأثر رجعي بتحقيق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف .

أنظر في معنى الشرط الواقف في الفقه المصري الأستاذ أنور سلطان فقرة ٩٠ - الأستاذ عبدالمعزم البديوي فقرة ١٠٦ ص ١٦٥

وأنظر في أن البيع بالعربون يتضمن اتفاقين متتبعين ، أولها الاتفاق على البيع مقترناً بشرط واقف أو فاسخ بحسب قصد المتبايعين ، والثاني اتفاق على تعيين زمن لاستهلاك الحق في العود يلتزم بمقتضاه من يستعمل هذا الحق أن يدفع مبلغاً يوازي قيمة العربون ويعتبر هذا الاتفاق الأخير باتاً الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٤٢ ص ٦٣ .

ومختلف العربون في كل ذلك عن الشرط الجزائي . فان الشرط الجزائي قنويض ، اتفق على تقديره المتعاقدان ، عن الضرر الذي ينشأ عن الإخلال بالعقد . ومن ثم جاز للقاضي تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، بل جاز له ألا يحكم به أصلاً إذا لم يلحق الدائن أى ضرر ، وهذا كله بخلاف العربون (١) كما سبق القول . فالتكييف القانوني للشرط الجزائي هو

(١) ويرجع فيما إذا كان ما اتفق عليه المتعاقدان هو شرط جزائي أو عربون إلى نيتهما مستفجرة من ظروف الدعوى ووقائعها ، مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض بأن لقاضي الموضوع أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن المتأخرين قصدوا به أن يكون البيع بيعاً باتاً متجزئاً بشرط جزائي ولم يقعدا أن يكون بيعاً بعربون أو بيعاً معلقاً على شرط فاسخ ( نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ بمجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص ١٣٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم ) .

وإذا كان ثابتاً أن كل ما دفعه المشتري ، سواء أكان قبائع أم لدائنيه المسجلين على العقار المبيع ، إنما هو من الثمن المتفق عليه لا مجرد عربون يفسح عند اختيار الفسخ ، وأن المتأخرين أكدوا نيتهما هذه بصرفاتهما التالية للعقد ، كان البيع باتاً خالياً من خيار الفسخ ( نقض مدني ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٢٢ ص ٣٢٠ ) .

وإذا كانت المحكمة لم تبين في أسباب حكمها في خصوص المبلغ المدفوع البائع بموجب عقد البيع إن كان عربوناً فيفقدته المشتري كغدية يتحمل بها عند نكوله عن إتمام ما اتفق عليه مع البائع أم أنه كان جزءاً من الثمن لا يحكم به البائع كتمويض إلا متى ثبت خطأ المشتري وحق ضرر بالبائع ، بل قررت أن المشتري قد فقد المبلغ الذي دفعه نتيجة تقصيره في إتمام العقد سواء اعتبر المبلغ المدفوع عربوناً أو جزءاً من الثمن ، دون أن تمحص دفاع المشتري ومؤداه أن عدوله عن إتمام الصفقة كان بسبب عيب غني في المنزل المبيع سلم له به البائع ، وبسببه اتفق وإياه على التفاوض وهرض المنزل على مشتر آخر ، وكان هذا الدفاع جوهرياً يتغير به وجه الرأي في الدعوى ، فإنه كان لازماً على المحكمة أن تتبرص له وتفصل فيه ، وتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع من المشتري هو في حقيقته عربون أو جزء من الثمن لاختلاف الحكم في الحالتين ، وإذا هي لم تفعل يكون حكمها قد شابه نقضاً يطله ويستوجب نقضه ( نقض مدني ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ بمجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٢ ص ٤٩٥ ) .

ولمكة الموضوع أن تستظهر نية المتأخرين من ظروف الدعوى ووقائعها ومن نصوص العقد لتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذي انقصد به البيع باتاً ، أو أنه عربون في بيع مصحوب بختيار الدول ، إذ أن ذلك مما يدخل في سلطتها الموضوعية متى كان مقاماً على أسباب صائفة ( نقض مدني ٢٢ مارس ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٥٥ ص ٣٣٩ ) .  
ومن كان قد نص في عقد البيع صراحة على أن المشتري دفع عربوناً وحدد مقداره والحالة =



نفس التكيف القانوني للتعويض ، ولا يجوز القول بأن التعويض بدل في التزام بدلي ، لأن المدين لا يملك أن يؤديه بدلا من تنفيذ الالتزام الأصلي تنفيذاً عينياً إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وطالب به المائن (١) .

## المطلب الثاني

### التباعد بطريق النيابة

#### ٤٧ - جواز التباعد بطريق النيابة وتطبيق القواعد العامة :

يجوز التباعد بطريق النيابة ، فيباشر البيع نائب عن البائع ، أو يباشر الشراء نائب عن المشتري ، أو يباشر كلا من البيع والشراء نائب عن كل من البائع والمشتري . فيتم البيع وفقاً للقواعد المقررة في النيابة في التعاقد ، وهي القواعد التي سبق بسطها في الجزء الأول من الوسيط (٢) .

فتحل لإرادة النائب عن البائع أو عن المشتري محل إرادة الأصيل ، مع انصراف أثر هذه الإرادة - أي انصراف الحقوق والالتزامات الناشئة من عقد البيع - إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو . وبشترط لتحقيق ذلك أن محل إرادة النائب محل إرادة الأصيل ، وأن تجرى إرادة النائب في الحدود المرسومة للنابة ، وأن يكون التعامل باسم الأصيل لا باسم النائب .

---

= التي تبيع المشتري استرداده وتلك التي تبيع البائع الاحتفاظ به ، كما حدد في العقد موعد الوفاء بباقي الثمن وشرط استحقاقه ، فإن تكيف محكمة الموضوع لهذا العقد بأنه بيع بالعبرون يحوى خيار العول هو تكيف سليم . ولا ييب الحكم عدم تعرضه للبارة التي شتم بها العقد من أنه « عقد بيع نافذ المفعول » ، ما دامت هذه البارة لا تنبئ أكثر من نفاذ العقد بشروطه ، ومن بينها أن حق المشتري في العول عن العقد لا يسقط إلا عند تمام الواقعة التي حددها الطرفان لانتهاء خيار العول ( نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٨ ص ٥٠٨ ) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٢ ج ص ٢٦٤ هامش رقم ١ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٨٣ - فقرة ٩٧ .

وقد سبق بيان ذلك تفصيلا عند الكلام في النيابة في التعاقد (١) .

والنيابة بالنسبة إلى المصدر الذي يحدد نطاقها ، تكون إما نيابة قانونية إذا كان القانون هو الذي يحدد هذا النطاق كما في الولي والوصي والقيم والوكيل عن الغائب والحارس القضائي ، وإما أن تكون نيابة اتفاقية إذا كان الاتفاق هو الذي يتولى تحديد نطاقها ويتحقق هذا في عقد الوكالة .

فيجوز إذن أن ينوب عن البائع أو عن المشتري وكيل ، وهذا يدخل في الوكالة فلا شأن لنا به هنا (٢) . كما يجوز أن ينوب عن البائع أو عن المشتري ولي أو وصي أو قيم أو وكيل عن الغائب أو حارس قضائي . وفي جميع الأحوال لا يجوز لشخص أن يتبايع مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التبايع لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل قبل التعاقد أو لإجازة منه بعد التعاقد (م ١٠٨ مدني) .

ونقف عند هاتين المسألتين : (١) التبايع عن طريق ولي أو وصي أو قيم أو وكيل عن الغائب أو حارس قضائي . (٢) بيع النائب لنفسه .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٨٤ - فقرة ٩١ .

(٢) ونقتصر هنا على الإشارة إلى أن البيع والشراء بوجه عام من أعمال التصرفات لا من أعمال الإدارة ، فلا بد من وكالة خاصة في كل منهما ينحصر فيها نوع التصرف الموكل فيه ، ولا تكفي الوكالة الواردة في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها لنوع التصرف الحاصل فيه التوكيل ، فهذه الوكالة العامة إنما تكفي في أعمال الإدارة لا في أعمال التصرف (م ٧٠١ مدني) . وقد نصت المادة ٧٠٢ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : « ١ - لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه المدين والمرافعة أمام القضاء . ٢ - والوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية قصص ولو لم يمين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات . ٣ - والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توافيق ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر ولعرف الجاري » .

وبنقل من هذا النص أن التوكيل في البيع أو الشراء يجب أن يكون توكيلاً خاصاً ، أي توكيلاً يذكر فيه حل التوكيل في البيع أو في الشراء ، ولا يشترط في هذا التوكيل الخاص تعيين الشيء الذي يباع أو يشتري .

هذا وقد جرى القضاء على اعتبار المرأة المتزوجة وكيلة من زوجها في شراء الحاجات المنزلية (استئناف مخطوط ٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٣) .

## ١٥ - التبائع عن طريق ولى أو وصى أو قيم أو وكيل عن الغائب أو حارس قضائى

٤٨ - المصادر التشريعية : النائب هنا يستمد ولايته من القانون كما قدمنا ، فالقانون هو الذى يحدد مدى هذه الولاية . وهناك مصدران تشريعيان مختلفان ، أحدهما يحدد مدى ولاية الولى والوصى والقيم والوكيل عن الغائب ، والثانى يحدد مدى ولاية الحارس القضائى .

فالمصدر التشريعى الأول هو النصوص الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة والوكالة عن الغائب . وقد كانت هذه النصوص قبلاً يمتثلها قانون المجالس الحسبية الصادر فى سنة ١٩٢٥ . وقد ألغى هذا القانون واستبدل به قانون المحاكم الحسبية الصادر فى سنة ١٩٤٧ . ثم حل محل هذا القانون المرسوم رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، وهو الذى يسمى بقانون الولاية على المال .

والمصدر التشريعى الثانى هو النصوص الخاصة بالحراسة ، وهذه يمتثلها التقنين المدنى فى المواد من ٧٢٩ إلى ٧٣٨ .

ونستعرض ، طبقاً لهذه المصادر التشريعية ، مدى ولاية الولى ، ثم مدى ولاية الوصى والقيم والوكيل عن الغائب ، ثم مدى ولاية الحارس القضائى ، فى البيع والشراء ، إذ أن لكل من الطوائف الثلاث ولاية تختلف فى المدى عن الولاية التى للطائفتين الأخرتين .

٤٩ - ولاية الولى فى البيع والشراء : الولى هو أبو القاصر أو جده ، ومدى ولاية الأب أو عم من مدى ولاية الجد .

فقد قضت المادة ٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأنه لا يجوز للأب أن يصرف فى عقار القاصر أو فى عمله التجارى أو فى أوراقه المالية إذا زادت قيمة أى منها على ثلثائة جنيه ، إلا باذن المحكمة . ولا يجوز للمحكمة فى هذه الأحوال أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة . وقضت المادة ٨ بأنه

لا يجوز للأب أن يتصرف في أموال القاصر ، عقارية كانت أو منقولة ، ولو لم تجاوز قيمتها ثلثاثة جنيه ، إلا باذن المحكمة وتحت إشرافها ، إذا كانت هذه الأموال قد ورثها القاصر من مورث أوصى بالأا يتصرف ولى القاصر فى المال المورث . أما إذا كانت الأموال قد آلت إلى القاصر من أبيه نفسه وعن طريق التبرع ، فقد قضت المادة ١٣ بأنه يجوز للأب أن يتصرف فيها ، ولو زادت قيمتها على ثلثاثة جنيه ، بدون إذن المحكمة . ويخلص من هذه الأحكام أن الأب يجوز له أن يتصرف فى منقولات ابنه الصغير أيا كانت قيمتها بدون إذن المحكمة ، إلا إذا كانت هذه المنقولات أوراقا مالية أو محلا تجاريا ولم تكن قد آلت إلى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع فيجب إذن المحكمة إذا زادت قيمة هذه الأموال على ثلثاثة جنيه . ويجوز للأب أن يتصرف فى عقارات الصغير بدون إذن المحكمة ، إذا كانت قيمتها لا تزيد على ثلثاثة جنيه ، أو كانت قيمتها تزيد على هذا المبلغ ولكنها آلت إلى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع ، وإلا فيجب إذن المحكمة . وفى جميع الأحوال ، أى فى المنقولات والعقارات ، يجب إذن المحكمة أيا كانت القيمة ، إذا كانت هذه الأموال قد ورثها القاصر من مورث أوصى بالأا يتصرف ولى القاصر فى المال الموروث (١) . وحكم الشراء هو حكم البيع .

أما الجلد فلا يجوز له التصرف فى مال القاصر إطلاقا ، عقارا كان أو منقولا ، وسواء كان التصرف بيعا أو شراء ، إلا باذن المحكمة (م ١٥ من قانون الولاية على المال) .

---

(١) وقبل قانون الولاية على المال وقانون المحاكم الحسية ، كانت أحكام الشريعة الإسلامية هى المتبعة . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم إذ قضى بطلان عقد بيع الأطلان المملوكة للقاصر والمصادر من أبيه بصفته وليا عليه إلى ابن آخر من زوجة أخرى قبل صدور قانون المحاكم الحسية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ قد أقام قضاؤه على قوله : « ... فالثابت من أقوال علماء الشرع وما جرت عليه أحكام المحاكم أن الأب إذا كان فاسد الرأى سبيبه التدبير وباع مال ولده ، فلا يصح هذا البيع إلا إذا كان بالخيرية وهى بالنسبة للعقار لا تكون إلا بصفته قيمته ، فإن باعه بأقل من الضعف لم يجز هذا البيع » ، فهذا الذى أقام عليه الحكم قضاؤه . لا تخالفة فيه لقانون ، وهو يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية التى كانت واجبة الاتباع قبل صدور قانون المحاكم الحسية . (نقض بدلى ٧ يونية سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٩٩ ص ٧١٤) .

ولا يجوز للولي ، أباً كان أو جداً ، أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه (أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقارب زوجته إلى الدرجة الرابعة) إلا باذن المحكمة (م ٧ قانون الولاية على المال) . فإذا أذنت المحكمة جاز للأب أن يتعاقد مع نفسه ، أما الجدل فيلزمه أن يطلب تعيين وصي خاص (ad hoc) للتعاقد معه (م ٣١ قانون الولاية على المال) .

#### ٥٠ - ولاية الوصي والوكيل عن الغائب في البيع والشراء :

وقد قضت المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال بأنه لا يجوز للوصي التصرف في أموال القاصر ، عقاراً كان المال أو منقولاً ، وببما كان التصرف أو شراء ، إلا باذن المحكمة . ولا بد من إذن خاص في ذلك إذا أراد الوصي شراء مال القاصر لنفسه أو بيع ماله القاصر ، ويطلب تعيين وصي خاص (ad hoc) للتعاقد معه (م ٣١ قانون الولاية على المال) . وتسرى هذه الأحكام على القيم والوكيل عن الغائب (م ٧٨ قانون الولاية على المال) (٢) .

على أن هناك ضروياً من البيع والشراء تلحق بأعمال الإدارة ، فهذه يجوز

---

(١) وحيث لا يجوز التصرف الصادر من الولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب إلا بإذن المحكمة ، فإن التصرف قبل إذن المحكمة يكون موقوفاً على شرط هو صدور إذن المحكمة ، فإن صدر الإذن نفذ التصرف من وقت إبرامه ، وإلا فإنه يسقط (الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١١٧ ص ١٦٧ - محكمة شين الكوم الكلية ٩ مارس سنة ١٩٥٢ الحاماة ٣٢ رقم ٤٨٨ ص ١٤٦٢) . ومع ذلك فقد ذهبت محكمة النقض إلى أن التصرف يكون باطلاً بطلاناً نسبياً ويصححه إذن المحكمة (نقض مدني ١٦ يولييه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٩ ص ١٣٢) . وذهبت محكمة استئناف مصر إلى أن التصرف يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً فلا تصححه الإجازة (٢ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٣٤ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ١٠٧) . ويذهب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن التصرف يكون صحيحاً غير نافذ وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، ويستند في ذلك إلى المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال فهي تجعل التصرف غير نافذ في حق الصغير لاتناء النيابة (أنظر الأستاذ سليمان مرقس في البيع فقرة ١٣٨ ص ١٩٢) . وعبارة المذكرة الإيضاحية غير صريحة في إدخال نظام المقود الصحيحة غير النافذة وهو النظام المعروف في الفقه الإسلامي في قانون الولاية على المال ، ولعل المذكرة الإيضاحية تقصد أن التصرف لا يجوز الاحتجاج به (inopposable) على الصغير لمجاوزة النائب حدود الولاية .

أن يباشرها الوصي والقيم والوكيل عن الغائب دون حاجة إلى الحصول على إذن المحكمة ، وذلك كييع الحاصلات المملوكة للقاصر أو شراء ما يلزم القاصر لزراعة أرضه .

٥١ - ولاية الحارس القضائي : يعين الحارس القضائي على المال في حالات معينة ، أهمها أن يكون المال قد قام في شأنه نزاع أو كان الحق فيه غير ثابت أو كان صاحب المصلحة فيه قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزته ( م ٧٢٩ - ٧٣٠ مدني ) .

ويعين الحارس باتفاق ذوي الشأن جميعاً ، وإلا تولى القاضي تعيينه ( م ٧٣٢ مدني ) .

ويحدد الاتفاق أو الحكم القاضي بالحراسة مدى ولاية الحارس ( م ٧٣٣ مدني ) ، فإذا لم يحدد مدى هذه الولاية باشر الحارس جميع أعمال الإدارة دون حاجة إلى إذن المحكمة ، أما أعمال التصرف ، ومنها البيع والشراء ، فلا بد فيها من الإذن ( م ٧٣٥ مدني ) ، وذلك ما لم يكن البيع أو الشراء ملحقاً بأعمال الإدارة كييع الحاصلات وشراء ما يلزم لزراعة فتجاوز مباشرة هذه التصرفات دون حاجة إلى الحصول على إذن .

## ٢٦ - بيع النائب لنفسه

٥٢ - القاعرة العامة : رأينا في الجزء الأول من الوسيط (١) أن المادة ١٠٨ مدني تنص على أنه لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من يتوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة . ويتبين من هذا النص

---

(١) الوسيط ١ فقرة ٩٧ .

أنه لا يجوز للنائب عن البائع أن يبيع الشيء من نفسه أو من شخص آخر هو نائب عنه أيضاً ، كما لا يجوز للنائب عن المشتري أن يبيع مال نفسه أو مال شخص هو نائب عنه أيضاً من المشتري الذي هو نائب عنه .

ذلك أن النائب يتحكم بإرادته وحده في مصلحتين متعارضتين . والتعارض ، في حالة ما إذا كان النائب ينوب عن المتبايعين معاً ، لم يحسب حسابه أحد من الأصليين . وهو ، في حالة ما إذا كان النائب ينوب عن أحد المتبايعين مع أصلاته عن نفسه ، تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها . فلا تتيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصل في كلتا الحالتين .

### ٥٣ - تطبيقات خاصة في بيع النائب لنفسه - النصوص القانونية :

وقد وردت تطبيقات خاصة لهذا المبدأ العام في عقد البيع ، تحت عنوان بيع النائب لنفسه ، في المواد ٤٧٩ - ٤٨١ مدني (١) .

فنصت المادة ٤٧٩ مدني على أنه « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطات المختصة أن يشتري لنفسه ، مباشرة أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلني ، مائط به يبيع بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك باذن القضاء ومع علم الإخلال بما يكون منصوباً عليه في قوانين أخرى » . ونصت المادة ٤٨٠ مدني على أنه « لا يجوز للسياسة ولا للبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم أو يبيعها أو في تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار » . ونصت المادة ٤٨١ مدني على أنه « يصبح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازته من تم البيع لحسابه » (٢) .

---

(١) هذا ما ورد في قانون الولاية على المال من عدم جواز تصرف الأب أو الجد في عقار الصغير لنفسه وعدم جواز تصرف الوصي والتميم والوكيل من النائب في مال المحجور لنفسه ، وذلك كله ما لم يصدر إذن من المحكمة بغير التصرف ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك ( أنظر آنفاً فقرة ٤٩ و فقرة ٥٠ ) ، وسترد إليه فيما يلي ( أنظر فقرة ٥٤ )

(٢) تاريخ النصوص :

م ٤٧٩ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٦ من المشروع التمهيلي على الوجه الآتي : « لا يجوز بيع في الأحوال الآتية ، حتى لو كان البيع بالمزاد ، وسواء عقد الختري الصفقة باسمه أو باسم =

## ويقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٣٢٥/٢٥٨ (١) .

== مستار : (١) إذا كان المشتري وصياً أو قسماً أو نائباً عن غيره بحكم القانون ، واشترى مال من هو نائب عنه . (ب) إذا كان المشتري وكيلًا بالبيع ، واشترى المال الموكل ببيعه . (ج) إذا كان المشتري متوطناً به إدارة عين أو كان موظفًا عاماً ، واشترى المال المجهود إليه في بيعة أو المال الذي يجب أن يتم بيعة على يده . (د) إذا كان المشتري سنديقاً أو حارساً مصفياً ، واشترى مال التفليس أومال الدين الممسر . (هـ) إذا كان المشتري مصفياً لشركة أو لتركه ، واشترى المال الذي يصفيه . كل هذا ما لم يصدر إذن من القضاء في البيع ، وكل هذا دون إخلال بما ينص عليه قانون الأحوال الشخصية من أحكام . وفي لجنة المراجعة عدل النص بحيث أصبح متفقاً مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا العبارة الأخيرة حيث كانت : « مع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في القوانين الخاصة » . وأصبحت المادة رقمها ٥٠٦ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وعدلت لجنة الشيوخ عبارة « القوانين الخاصة » بعبارة « قوانين أخرى » ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٧٩ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ فقرة ٢٢٣ ص ٢٢٥ ) .

م ٤٨٠ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠٧ من المشروع النهائي ، فجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٠ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٧ ) . م ٤٨١ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآت :

١ - على أنه يجوز في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين ، أن يجيز القصد من تم البيع لحسابه ، إذا توافرت وقت الإجازة الأهلية الواجبة . ٢ - فإذا رفض إجازة القصد ، وبيع المال من جديد ، تحمل المشتري الأول مصروفات البيع الثاني وما عسى أن يكون . قد نقص من قيمة البيع . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة ، وعدلت الفقرة الأولى بحيث أصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٥٠٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨١ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٧ و ص ٢٣١ ) .

(١) التقنين المدني السابق م ٣٢٥/٢٥٨ : لا يجوز لمن يقوم مقام غيره بوجه شرعى كالوصياء

والأولياء ، ولا الوكلاء المقامين من موكلهم ، أن يشتروا الشيء المنوط بهم بيعة بالصفات المذكورة . فإذا حصل الشراء منهم ، جاز التصديق على البيع من مالك المبيع إذا كان فيه أهلية التصرف وقت التصديق .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في معرض الموازنة بين التقنين المدني الجديد والتقنين المدني السابق ما يأتي : « زيد (في التقنين الجديد) على لنواب الباسرة والخبراء في الأموال المجهود إليهم في بيعها أو تقدير قيمتها ، لأن حكمة المنع فيهم متوافرة : م ٦٤٧ من المشروع وقد نقلت من التقنين التونسي م ٥٦٩ - نص المشرع صراحة على أن البيع ممنوع ولو كان بالمزاد أو كان باسم مستعار ، والنص على الحالة الأولى يزيل لبساً ، وعلى الحالة الثانية يواجه أمراً كبيراً ==



ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٤٤٧ - ٤٤٩ . وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤٦٨ - ٤٧٠ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٨٨ - ٥٩٢ - وفي تقنين الموجبات والمقود اللبناني المواد ٣٧٨ - ٣٧٩ و ٣٨١ (١) .

= الوقوع - أجاز المشروع تصحيح البيع . لا بإجازة من م البيع لحسابه فحسب ، بل كذلك بإذن القضاء في البيع قبل حصوله ، كالموصى يستأذن المجلس الحسبي ( بجمعة الأعمال التحضيرية ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠ ) .

(٢) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٤٧ - ٤٤٩ ( مطابقة للمواد ٤٧٩ - ٤٨١ من التقنين المدني المصري ) . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٣٠٤ - فقرة ٣٠٩ .

التقنين المدني الليبي م ٤٦٨ - ٤٧٠ ( مطابقة للمواد ٤٧٩ - ٤٨١ من التقنين المدني المصري ) .

التقنين المدني العراقي م ٥٨٨ : ١ - يجوز للأب أن يبيع ماله لولده وله أن يشتري ماله لولده نفسه ، يعتبر كل من الثمن والمبيع مقبوضين بمجرد العقد . ٣ - والجد كالأب في الحكم .

م ٥٨٩ : لا يجوز للوصي المنصب أو القيم المقام من قبل المحكمة أن يبيع ماله نفسه للمجور ، ولا أن يشتري لنفسه شيئاً من مال المجور حلقاً ، سواء أكان في ذلك خير للمجور أم لا .

م ٥٩٠ : ١ - لا يجوز للوصي المختار من قبل الأب أو الجد أن يبيع ماله نفسه للقيم ، ولا أن يشتري لنفسه شيئاً من مال القيم ، إلا إذا كان في ذلك خير للقيم وبإذن من المحكمة . ٢ - والخيرة هي أن يبيع القيم بأقل من ثمن المثل أو أن يشتري منه بأكثر من ثمن المثل ، على وجه يكون فيه القيم مصلحة ظاهرة .

م ٥٩١ : لا يجوز للقاضي أن يبيع ماله للمجور ولا أن يشتري ماله للمجور لنفسه .

م ٥٩٢ : ١ - ليس للوكلاء أن يشتروا الأموال الموكلين م يبيعها وليس لمندوبي الشركات ومن في حكمهم ولا الموظفين أن يشتروا الأموال المكلفين م يبيعها أو التي يكون بيعها عليهم . وليس للوكلاء التفاضليس ولا الحراس المصفين أن يشتروا أموال التولية ولا أموال المدين الممر . وليس لصق الشركات والتركات أن يشتروا الأموال التي يصفونها ، وليس للسامرة ولا القبراء أن يشتروا الأموال المهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها . وليس لواحد من هؤلاء أن يشتري ، ولو بطريق المزايدة العلني ، لا بنفسه ولا باسم مستعار ، ما هو محظور عليه شراؤه . ٢ - على أن الشراء في الأحوال المنصوص عليها في الفقرة السابقة يصح إذا أجازته من تم البيع لحسابه ، متى كان وقت الإجازة حائزاً للأهلية الواجبة . أما إذا لم يجزه . ويصح المال من جديد ، يحمل المشتري الأول مصروفات البيع الثاني وما عسى أن يكون قد نقص من قيمة المبيع =

٥٤ - الأشخاص الذين لا يجوز لهم الشراء: ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن من كان نائباً عن غيره في بيع مال هذا الغير لا يجوز له شراء هذا المال لنفسه ، لتعارض مصلحته الشخصية باعتباره مشترياً مع مصلحة من يتوب عنه باعتباره بائعاً ، وقد تقدم ذكر ذلك .

والناتبة في بيع مال الغير قد تأتي من اتفاق ، وهذه هي الوكالة . فن وكل في بيع مال لا يجوز له أن يشتريه لنفسه مباشرة أو باسم مستعار ، كأن يشتريه لزوجه أو لولده أو لأحد ممن يمت له بصلة ويكون هذا المشتري في الواقع من الأمر مسخراً من النائب . ويكون النائب اشترى لنفسه باسم مستعار مسألة واقع يقلدها قاضي الموضوع ، ولا معقب على تقديره في ذلك من محكمة النقض ، ويجوز

---

٣ ( وأحكام التفتين العراق تقرب في مجموعها من أحكام التفتين المصري ، فيما عدا أن التفتين العراق نقل أحكام لفتنة الإسلام في بيع الولد والوصى والقاضي مالم للمجور وشراهم مال المجور ، وفيما عدا أن التفتين العراق في المادة ٩٢ أفاض في تعداد الوكلاء ، ومن لم صفة النيابة من الغير هل التمر الذي كان عليه الشروع التفتين المصري — أنظر الأستاذ حسن الذنون في البيع في القانون العراقي فقرة ٢٤٠ — فقرة ٣٥٣ ، وفي أن الجزء من المنع في القانون العراقي أن يكون المقدم موقوفاً فقرة ٣٥٣ ) .

تفتين الموجبات والمقود البناني ٣٧٨ : إن الأشخاص المشار إليهم فيما يلي لا يجوز لهم الشراء لا بأنفسهم ولا بواسطة أشخاص مستعاريين ولو كان الشراء بالزيادة ، إلا إذا كان بأبدهم ترخيص من القضاء ، وإذا فعلوا كان قد الشراء باطلا . أولاً — لا يجوز لوكلاء البيع شراء الأموال التي عهد إليهم في بيعها . ثانياً — لا يجوز لمخول الإدارة العامة شراء أموال الدولة ولا أموال القرى ولا أموال المماعد العامة التي قوض إليهم أمر الاعتناء بها . ثالثاً — لا يجوز للمأمورين الرسميين شراء الأموال الممهود إليهم في بيعها . رابعاً — لا يجوز للأب أو الأم ، ولا قوصي أو القيم أو المشرف القضائي أو الولد الموقت ، شراء أموال الأشخاص الذين يتلونهم أو يشرفون عليهم .

٢٧٩ م : لا يجوز للسامرة ولا للتجارة أن يشتروا بأنفسهم أو بواسطة غيرهم الأموال والحقوق والثلوث التي عهد إليهم في بيعها أو تخمينها ، ولا أن يقايضوا بها أو يرهنوها .

٢٨١ م : إن زوجيات الأشخاص المتقدم ذكرهم وأولادهم وإن كانوا رائسين يعدون لشخصاً مستعارين في الأحوال المتصوص عليها في المواد السابقة .

( وأحكام التفتين البناني تنفق في مجموعها أحكام التفتين المصري ) .

لإثباتها بجميع الطرق لأنها واقعة مادية (١). وقد وضع تقنين الموجبات والعقود اللباني قربة قانونية على الاسم المستعار ، فتضى في المادة ٣٨١ منه بأن الزوجة والأولاد يعدون أشخاصاً مستعارين ، فتصبح هذه القربة من مسائل القانون في هذا التقنين . والشراء محظور على النائب كما قلنا ، ويستوى أن يكون الشراء بالممارسة أو في المزااد العلني . فلو وكل شخص في بيع مال للغير بالمزااد العلني ، فانه لا يجوز له أن يدخل مزايداً لشراء هذا المال ، فلا تزال مصلحته الشخصية متعارضة مع مصلحة موكله (٢) .

(١) أنظر في كون النائب اشترى باسم مستعار يعتبر من مسائل الواقع لا من مسائل القانون أبري وو • فقرة ٣٥٦ هامش ١٧ - بودوى وسيتيا فقرة ٢٥٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥٨ .

(٢) وكانت هذه المسألة مختلفاً عليها في عهد التقنين المدني السابق ، فسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف بنص صريح . أنظر في جواز دخول النائب في المزايدة في عهد التقنين المدني السابق الأستاذ عبد الحميد أبو هيف في طرق التنفيذ فقرة ٨٥٥ - فقرة ٨٥٦ ، وفي عدم جواز ذلك جرائمولا ن فقرة ٥٨ - دي هلتس ؛ لفظة Vente فقرة ٥٦ - الأستاذين أحد قسمة وعبد الفتاح السيد في التنفيذ فقرة ٦٦١ - الأستاذ محمد حلي عيسى فقرة ٩٢٠ - الأستاذين أحمد نجيب الحلل وحامد زكي فقرة ٢٣٨ . وأنصار جواز دخول النائب في المزايدة كانوا يقصدون البيع بالمزااد الجبري دون المزااد الاختياري ، في البيع الجبري لا يعتبر الوكيل منوطاً بالبيع ، وهو بيع يجب فيه اتباع إجراءات من شأنها أن تحفظ حق المالك المدين . وكان يوجب اتفاق على أن الوصي يجوز له أن يدخل مزايداً في شراء ملك إذا تحققت له مصلحة مشروعة في ذلك ، كأن يكون شريكاً على الشيوع مع القاصر وتباع العين المشتركة لعدم إمكان قسمتها حيناً ، فله أن يزايد ، وإذا رسا عليه المزااد لم يعتبر مشترياً من القاصر لأن القسمة كاشفة ، وكأن يكون الوصي دائئاً مرتباً ، فله أن يدخل مزايداً في بيع عقار القاصر ومصلحته هنا متفقة مع مصلحة القاصر في أن كلا منهما يريد أن يبلغ ثمن العقار أعلى حد ( بلانيول وريبير ٢ فقرة ٥٤ - كوران وكايتان ٢ ص ٨٧ - الأستاذ محمد سليم عيسى فقرة ٩٢١ - الأستاذان أحمد نجيب الحلل وحامد زكي فقرة ٢٣٧ ) .

ويبدو أن النائب في البيع إذا باع العقار المنوط به ببيع لم يجوز له ، إذا كان شافعياً في هذا العقار ، أن يأخذه بالشفعة . فإن الشفعيع يعتبر مشترياً إذ هو يحل محل المشتري ، ولجواز أن يتعامل مع المشتري في شروط البيع حتى يشفع في العقار بنفس الشروط . يضاف إلى ذلك ، بالنسبة إلى النائب إذا كان وكيلاً ، أن قوله للوكالة في بيع العقار ينطوي على نزول ضمنى منه من سفته في أخذ العقار بالشفعة . وقد كان هذا هو الرأي المسمول به في الفقه في عهد التقنين المدني السابق ( دي هلتس ؛ لفظة Vente فقرة ٦٢ - الأستاذان أحمد نجيب الحلل وحامد زكي فقرة ٢٣٥ في الهامش ) .

ويلحق بالوكيل من نيطة به إدارة عين واشترى المال الذى يجب أن يتم بيعه على يده ، ومن عين مصفياً لشركة أو لشركة واشترى المال الذى يصفيه (١) . وقد تأتى النيابة في بيع مال الغير عن الطريق نص في القانون ، وذلك كالولى ، فلا يجوز له أن يشتري مال الصغير لنفسه ، لا باسمه ولا باسم مستعار ، ولو كان الشراء في المزاد العلنى ، وهذا ما يقع غالباً في بيع أموال المحجورين ، إلا إذا كان القانون يرخص في ذلك . وقد قلنا أنه يجوز لولى شراء عقار الصغير لنفسه ، بشرط الحصول على إذن من المحكمة في ذلك (٢) .

وقد تأتى النيابة في بيع مال الغير عن طريق أمر من السلطات المختصة . فالوصى والقيم والوكيل عن النائب والسنديك والحارس القضائى ، كل هؤلاء يتوبون عن غيرهم في بيع المال بموجب أمر من السلطة القضائية . والموظف العام قد يتوب عن الدولة في بيع أموالها بموجب أمر من السلطة الإدارية . فلا يجوز لأحد من هؤلاء أن يشتري المال المهدود إليه في بيعه ، لا باسمه ولا باسم مستعار ، ولو كان الشراء في مزاد علنى . وقد قلنا أن الوصى والقيم والوكيل عن الغائب يجوز لهم باذن خاص من المحكمة ، أن يشتروا أموال محجور بهم (٣) .

كذلك لا يجوز للسمسار ، إذا عهد إليه شخص في بيع مال له ، أن يشتري هذا المال لنفسه (٤) . ذلك أن السمسار إما أن يكون عنده توكيل بالبيع ، فيصبح وكيلاً ويمنع ككل وكيل من شراء ما وكل في بيعه . وإما ألا يكون عنده توكيل ، فعند ذلك لا يكتفى رضاؤه بشراء الشيء لنفسه بل يجب قبول المالك ، وفي هذا إذن يجعل الشراء جائزاً . ومثل السمسار الخبير الذى يعهد إليه في تقويم شيء ، لا يجوز له أن يشتريه لنفسه ، لتعارض المصلحة إذ أن ذلك يحمله على أن يخصص تقويم الشيء ، حتى يتنفع هو من بنس الثمن (٥) . والخبير كالسمسار ، إما أن

(١) أنظر المشروع التمهيدى المادة ١٧٩ مدنى (أنفاً فقرة ٥٣ فى الهامش) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٩ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٥٠ .

(٤) وكذلك من عهد إليه في بيع قطن وعجل جزءاً من الثمن لا يجوز له أن يشتري القطن لنفسه (استئناف مخطوط ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٢٨ ص ٨٧) .

(٥) الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٣ .

يكون عنده توكيل فيكون حكمه حكم الوكيل لا يجوز له شراء الشيء لنفسه ، وإما ألا يكون عنده توكيل فلا بد في هذه الحالة من قبول المالك . والسماح والتخبر ممنوعان من شراء المال ولو بيع في المزاد العلني ، سواء كان الشراء باسمهما أو باسم مستعار (١) .

**٥٥ - الجزاء على المنع من الشراء :** وليس الأشخاص الذين قلنا ذكرهم ممنوعين من الشراء لنقص في أهليتهم ، فنقص الأهلية شيء ، والمنع من الشراء شيء آخر . وإنما المنع قد قام بسبب تعارض المصلحة كما قلنا .

وقد ذكرنا في الجزء الأول من الوسيط (٢) أن هناك رأياً يلحظ إلى أن تعاقد الشخص مع نفسه - ومن ثم شراء النائب للمال المعهود إليه في بيعه - قابل للإبطال لمصلحة الأصيل ، ولذلك ترد عليه الإجازة . وقد أخلت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بهذا الرأي ، إذ جاء فيها : « ولهذه اللة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلاً للبطلان لمصلحة الأصيل . . . . » ومن الواضح أن البطلان المقرر في هذا الشأن قد أنشئ بمقتضى نص خاص (٣) . وجاء في نفس المذكرة الإيضاحية في صدد بيع النائب لنفسه : « أجاز المشروع تصحيح البيع - وهو باطل بطلاناً نسبياً لمصلحة البائع وقد قرر البطلان نص خاص لمة تعارض المصلحة - لا بإجازة من ثم البيع لحسابه فحسب ، بل كذلك باذن القضاء في البيع قبل حصوله كالوصي يستأذن المجلس الحسي (٤) .

---

(١) وتنص المادة ٦٦٧ من تقنين المرافعات على أنه « لا يجوز للمدين ، ولا لقنصاة الذين نظروا بأى وجه من الوجوه إجراءات التنفيذ أو المسائل المتفرقة ضماً ، ولا المسلمين الوكلاء عن مباشر الإجراءات أو المدين ، وأن يتفقوا للمزاية بأنفسهم أو بطريق تخيير غيرهم ، وإلا كان البيع باطلاً » .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٩٧ ص ٢٠٤ - ص ٢٠٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ١٠٦ .

(٤) مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٢٢٠ - وهذا هو أيضاً ما ينبغي إليه لفتة الفرنسي بوجيه عام ( أبريل ١٩٠١ ) فقرة ٣٥١ ص ٣٤ - يودى ومينيا فقرة ٢٥٠ وقرة ٢٥٤ - بلافيرول وريبير وحامل ٦٠ فقرة ٥٨ ) .

والمصحيح أن تحرم بيع النائب لنفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الأصل عندما أناب النائب في بيع ماله لم يدخل في هذه الإنابة أن يكون النائب هو المشتري سواء لنفسه أو بالنابة عن غيره ، وإلا لكان قد باع له مباشرة دون حاجة إلى إنابته في البيع . فإذا ما باع النائب المال لنفسه ، سواء باعتباره أصيلاً في الشراء أو باعتباره نائباً عن غيره فيه ، يكون قد تجاوز حدود نيابته ، فلا يتخذ تصرفه في حق الأصل إلا إذا أجازته هذا (١) . ويترتب على هذا التكيف النتائج الآتية :

(١) وقد سبق أن قلنا بهذا الرأي في الوسيط جزء أول فقرة ٩٧ - والفتوى في مصر قريب من هذا الرأي . فيلعب الأستاذ أنور سلطان ( فقرة ٤٥٧ ) إل أن جزاء المنع من الشراء يجب أن يتلخص في القواعد الخاصة بالنابة ، لا القواعد الخاصة بالبطان ، ومن مقتضى التواءم الخاصة بالنابة أن محل النائب لا يتخذ في حق الأصل إلا إذا تم في حدود نيابته . ولكنه يقول بعد ذلك : « فإذا منع المشرع النائب من مباشرة عمل ما ، وغالط النائب هذا المنع ، فيعتبر أنه قد تمادى خارج نطاق نيابته ، ولذا لا يتخذ تماديه في حق الأصل إلا إذا أقره » ( ص ٤٣٤ ) . وهذا صحيح فيما يتعلق بالنابة القانونية والنابة القضائية . أما في النابة الاتفاقية ، فالمشرع لم يتدخل لتحديد مدى النابة ، بل الاتفاق هو الذي حدد هذا المدى . ولم يدخل فيه أن يشتري النائب لنفسه ، ومن هنا جاءت مجاوزة النائب لحدود النابة ، فالمنع في النابة الاتفاقية مؤسس على إرادة الأصل لا على نص المشرع .

وانظر في هذا المعنى الذي يلعب إليه الأستاذ أنور سلطان الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ١٢٣ . ويلعب الأستاذ سليمان موسى ( فقرة ١٣٧ ) إل أن النائب تجاوز حدود النابة في أنه لم يبيع بأصل ممن يمكن . أنظر أيضاً الأستاذ جميل الشرفاوي في نظرية بطان التصرف فقرة ٨٩ ، وفي عقد البيع فقرة ١٦ . وفي رأينا أن النائب تجاوز حدود الوكالة في أنه اشترى لنفسه ، أي كان المثل الذي أشرى به .

ويلعب الأستاذ منصور مصطفى منصور ( فقرة ١٣٤ ص ٣٠٣ - ٣٠٤ ) إل ما ذهبنا إليه من أن النائب يجوز حدود النابة إذا اشترى لنفسه ، فلابد من إجازة الأصل . ثم يقول إن الشراء قبل الإجازة يكون عقداً موقوفاً ، حل غرار العقد الموقوف في الثقة الإسلامي ، وإجازة الأصل تجعله يتخذ . وملاحظتنا على هذا الرأي أنه لما كان العقد الموقوف غير معروف في الثقة العربي ، فقد لجأنا إل تنكييف آخر في الحالة التي يجوز فيها الوكيل حدود الوكالة ، ويتلخص الأمر بإقرار الموكل ، فقلنا في الجزء الأول من الوسيط ( فقرة ٨٩ ص ١٩٨ هامش رقم ٢ ) : « فلو كان النائب وكيلًا وجاز حدود الوكالة ، جاز القول إنه نصب نفسه وكيلًا بإرادته المخفدة فيما جاز فيه حدود الوكالة ، على أن يقره الموكل بعد ذلك . ويكون مصدر النابة في هذه الحالة هو القانون ، فقد جعل الوكيل - بناء على إرادته - نائباً فيما يجوز حدود الوكالة . والنابة هنا ليست منجزة ، بل هي محلفة على شرط موقف هو أن يستسلم لإقرار من الموكل . وليس من شك في أن نظرية العقد الموقوف في الثقة الإسلامي هي أكثر ملائمة لتنكييف =

١ - أن الأصل إذا أدخل في حسابه جواز أن يشتري النائب المال لنفسه ، فأذن له في ذلك ، قبل الشراء ، جاز شراؤه ، إذ يكون التصرف قد دخل في حدود النيابة ، ( انظر المادة ١٠٨ مدني ) .

٢ - وإذا لم يأذن الأصل مقلداً في الشراء ، فله أن يميز الشراء بعد تمامه ، إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . وبهذا تقضى صراحة المادة ٤٨١ مدني إذ تنص على أنه « يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازاه من تم البيع لحسابه » .

٣ - وإذا كانت النيابة قانونية أو قضائية ، كنيابة الولي أو الوصي أو القيم ، فالقانون هو الذي يتولى بنفسه رسم حدود النيابة . فتارة يميز بيع النائب لنفسه دون إذن . كما فعل في حالة الولي عندما يشتري منقول الصغير لنفسه ، وطوراً يستوجب إذن المحكمة كما فعل في حالة الولي عندما يشتري عقار الصغير . وفي حالة الوصي والقيم والوكيل عن النائب عندما يشتري مال المحجور (١) .

---

= الرخص الذي نحن بصدده ، لو أمكن إدخالها من طريق الاجتهاد في الفقه المصري . وقد منع المشرع المصري إدخالها في أم تطبيق من تطبيقاتها وهو بيع ملك الغير ، إذ أورد نصاً صريحاً في أن هذا البيع قابل للإبطال ، وكان الأول أن يكون مقبلاً موتوفاً - وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في بيع ملك الغير ( انظر ما يلي فقرة ١٦٤ ) .

(١) وقد تسنا أن الفقه في فرنسا ، وفي مصر في عهد التتتين المدني السابق ، يذهب إلى أن الوصي شراء مال القاصر إذ كانت له حقوق من قبل حل هذا المال ، وكان القصد من شرائها هو المحافظة على هذه الحقوق ، كما لو كان الوصي شريكاً في الشروع مع القاصر أو دائناً مرتباً له ، وبیت العين بالمزاد الثاني لعدم إمكان قسمتها عيناً أو تنفيذ على العين المرهونة ( انظر آتناً فقرة ٤٤ في الهامش . وانظر أوبري ورو ه فقرة ٣٥١ ص ٣١ - ص ٣٢ - بودي وسيتيا فقرة ٢٣٣ - فقرة ٢٣٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥٤ - بلانيول وريبير ٢ فقرة ٥٤ - كولان وكابيتان ٢ ص ٤٨٧ - الأستاذ محمد حلمي عيسى فقرة ٩٢١ - الأستاذين أحمد نجيب اللحل وحامد زك فقرة ٢٣٧ ) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختطة في عهد التتتين المدني السابق بأن تحرم شراء النائب الشيء الذي شيط به يمه لا يسرى في البيع التفاضلية إذ هي محوطة بالضمانات الكافية ( ٢٠ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩٦ ص ٢٢٢ ) . أما في عهد التتتين المدني الجديد حيث ورد نص صريح في تحريم شراء النائب لنفسه ولو كان ذلك بالمزاد العلني ، فبينوا أنه لا يجوز الوصي شراء مال القاصر ، حتى لو قصد المحافظة على حقوقه واشترى في مزاد علني ، من غير إذن المحكمة ( الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٥٦ - الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ١٢٢ - الأستاذ منصور منصور - مصطلحي منصور فقرة ١٣٢ ص ٢٩٩ - ص ٣٠٠ ) .

والى هذا تشير المادة ٤٧٩ مدنى عندما تقول فى عبارتها الأخيرة : « ما لم يكن ذلك باذن القضاء ومع عدم الاخلال بما يكون منصوصاً عليه فى قوانين أخرى » ، ومن هذه القوانين الأخرى قانون الولاية على المال وقد سبق بيان أحكامه فى هذا الصدد (١) .

## المبحث الثانى

### شروط الصحة

٥٦ - الأهلية وعبوب الإرادة : بعد أن فرغنا من شروط انعقاد البيع ، ننقل إلى شروط صحته . وشروط صحة البيع هى شروط صحة أى عقد : توافر الأهلية الواجبة وسلامة الرضا من عيوب الإرادة . فنتكلم إذن فى : (١) الأهلية فى عقد البيع (٢) وعبوب الرضا فى عقد البيع .

### المطلب الأول

#### الأهلية فى عقد البيع

٥٧ - ميز الأهلية عما يلتبس بها من النظم : قدمنا فى الجزء الأول من الوسيط (٢) أن الأهلية تلتبس بغيرها من النظم ، وكثيراً ما تختلط بها . فيحسن تمييز الأهلية تمييزاً دقيقاً عن غيرها .

الأهلية مناطها التمييز ، لأن الإرادة لاتصلح إلا عن تمييز ، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ، ومن نقص تمييزه نقصت أهليته ، ومن كان عديم التمييز كان عديم الأهلية .

---

(١) ويستثنى أيضاً ما تنقضى به قواعد التجارة ( أنظر المادة ١٠٨ مدنى ) ، وذلك كما فى الوكيل بالسهولة . وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز للوكيل بالمسولة أن يمتاند مع نفسه ( ينقض مدنى ٢٨ يونيو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٨ ص ٧٦٧ ) .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١٢٧ .



والأهلية غير الولاية على المال . فالولاية على المال هي نفاذ التصرف على مال الغير ، كنفاد تصرف الولى والوصى والقيم على مال المحجور . ومن ثم تكون الولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير ، أما الأهلية فصلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه .

والأهلية غير عدم قابلية المال للتصرف . فمن وقف ماله لا يستطيع التصرف فيما وقفه ، لا لنقص في أهليته ، بل لعدم قابلية المال الموقوف للتصرف .

والأهلية غير المنع من التصرف . فالمرضى مرض الموت ممنوع من التصرف في ماله في حدود معينة لمصلحة الورثة ، بحيث إذا جاوز هذه الحدود لم يسر تصرفه في حقهم . والثائب ممنوع من شراء ما وكل في بيعه على نحو ما قدمنا لمصلحة الأصيل ، بحيث إذا اشترى هذا المال لم يسر التصرف في حق الأصيل . وعمل القضاء ممنوعون من شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان نظر النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وهذا المنع من التصرف للنظام العام وجزاؤه أن يكون التصرف باطلا . وكذلك المحامون ممنوعون من التعامل مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، والمنع هنا أيضاً للنظام العام وجزاؤه أن يكون التصرف باطلا .

#### ٥٨ - أهلية التصرف رامية في كل من البائع والمشتري :

فالأهلية إذن هي التي ترجع إلى التمييز . وقد علمنا عند الكلام في النظرية العامة للأهلية أن هناك أدواراً ثلاثة طبيعية يمر بها الإنسان من وقت أن يولد إلى أن يموت . فالدور الأول هو دور عدم التمييز ، والصبي غير المميز وهو من كان دون سبع سنوات لا يستطيع مباشرة أى تصرف . والدور الثاني هو دور التمييز ، ويبدأ من سن السابعة وهي سن التمييز إلى سن الحادية والعشرين وهي سن الرشد . وفي هذا الدور يكون الصبي المميز ناقص الأهلية ، لا عدمها ولا اكتملها ، فيباشر من التصرفات ما يكون نافعاً نفعاً محضاً ، ولا يباشر منها ما يكون ضاراً ضرراً محضاً ، وما كان من التصرفات دائراً بين النفع والضرر ومنها البيع والشراء يباشره باجازه الولى . والدور الثالث هو دور الرشد ، ويبدأ من الحادية والعشرين ، وفيه يكون البالغ الرشيد أهلاً لجميع التصرفات ومنها البيع

والشراء ، بل ويكون أهلاً للتبرعات وهي التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، وذلك ما لم يحجر عليه جنون أو عته أو غفلة أو سفه ، فينصب له قيم مباشر عنه التصرفات على النحو الذى قدمناه فى النظرية العامة للأهلية .

وبخلاص من ذلك أن الصبي غير المميز ليس أهلاً لا للبيع ولا للشراء ، لأن البيع - سواء من ناحية البائع أو من ناحية المشتري - يعتبر من أعمال التصرفات الدائرة بين النفع والضرر .

أما الصبي المميز - ويلحق به المحجور - فأهليته فى البيع والشراء أهلية ناقصة . فهو يستطيع أن يبيع ويشترى ، بشرط إجازة الولي أو الوصى أو القيم وبإذن من المحكمة فى الأحوال التى نص القانون فيها على ذلك ، وقد أشرنا إليها فيما تقدم .

ومن بلغ من العمر إحدى وعشرين سنة - أى بلغ سن الرشد - غير محجور عليه ، فقد توافرت فيه أهلية التصرف كاملة ، وكانت له أهلية البيع والشراء دون قيد ، فلا يحتاج إلى إذن ولي ولا إلى إذن من المحكمة . فأهلية كل من البائع والمشتري إذن هى أهلية التصرف ، وتتقاضى بلوغ سن الرشد (١) .

٥٩ - متى يكفى التمييز فى أهلية البيع والشراء : على أن هناك أحوالاً معينة يكفى فيها بلوغ سن التمييز دون بلوغ سن الرشد ليتوافر فى الإنسان أهلية البيع والشراء .

١ - فقد نصت المادة ١١٢ مدنى على أنه « إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » . والقانون

(١) وقد كان التفتين المدنى السابق يشتمل على نصين فى أهلية البائع المشتري ، هما تطبيق بعض قواعد السامة ، ولذلك أفلهما التفتين المدنى الجديد . فكانت المادة ٣١٢/٢٤٦ مدنى سابق تنص على أنه « يجب أن يكون كل من البائع والمشتري متصفاً بالأهلية الشرعية لتسليم (capacité légale de s'obliger) . وكانت المادة ٣١٣/٢٤٧ تنص على أنه يجب أن يكون البائع متصفاً بالأهلية الشرعية لتصرف (capacité légale d'aliéner) .

هنا هو قانون الولاية على المال . وتقتضى المادة ٥٤ منه بأن للولى أن يأذن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . وتقتضى المادة ٥٥ منه بأن للمحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . وسواء أذن للقاصر من وليه أو من المحكمة ، فانه متى تسلم أمواله كان له أن يباشر أعمال الإدارة . ويدخل فى هذه الأعمال أى بيع أو شراء تقتضيه الإدارة ، كبيع الحاصلات وشراء ما يلزم للزراعة ، فتكون أهلية البيع والشراء متوافرة عنده فى هذه الحدود . وكذلك تكون له أهلية التصرف ، بيعاً وشراء ، فى صفات دخله بالقدر اللازم لسد نفقاته هو ومن تلزمه نفقتهم قانوناً ( م ٢/٥٦ قانون الولاية على المال ) . وهذه الأحكام تسرى على المحجور للسفه أو للغةلة إذا أذنت المحكمة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ( م ٦٧ قانون الولاية على المال ) .

٢ - وتقتضى المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال بأنه يجوز للمحكمة أن تأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة أن يجر ، ويكون إذن المحكمة مطلقاً أو مقيداً . فيكون للقاصر فى هذه الحالة الأهلية الكاملة للبيع والشراء فيما يتعلق بالتجارة المأذون له فيها .

٣ - وتنص المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال على أن يكون « القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهل للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره . ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته » . ويخلص من ذلك أن القاصر متى بلغ السادسة عشرة يصبح ، دون حاجة إلى أى إذن ، أهلاً لأهلية كاملة فى التصرف فى كسب عمله . فيستطيع ، فى حدود هذا الكسب ، أن يبيع وأن يشتري وأن يلتزم .

٤ - وتنص المادة ٦١ من قانون الولاية على المال على أن « للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط » . ويخلص من هذا النص أن القاصر المميز - أباً كانت سنه - متى وضع تحت تصرفه مال لينفق منه على نفسه ، كانت له أهلية التصرف كاملة فى هذا المال . فيجوز له أن يشتري بهذا المال ما يحتاج إليه من مأكلى وملبس وغير ذلك ، ويجوز له

أن يبيع المال إذا كان غير نقد للحصول على نقد ينفق منه على نفسه . فهو كامل الأهلية في التصرف ، بيعاً وشراءً والتزاماً ، في حدود المال الموضوع تحت تصرفه للنفقة .

٥ - وتنص المادة ٦٠ من قانون الولاية على المال على أنه : إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال ، كان ذلك إذناً له في التصرف في المهر والنفقة ، مالم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو في قرار لاحق . ويخلص من هذا النص أن القاصر إذا أذنت له المحكمة في الزواج - ويجب أن يبلغ الثامنة عشرة إذا كان ذكراً والسادسة عشرة إذا كان أنثى وفقاً للقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ - تضمن هذا الإذن إذناً في أن يتصرف الزوج في المهر باعطائه لزوجته وفي التصرف في ماله للنفقة على زوجته ، وتضمن إذناً في أن تتصرف الزوجة في المهر الذي تأخذه من زوجها فتكون لها الأهلية الكاملة بالرغم من قصرها في أن تشتري جهازها من هذا المهر . وهذا كله مالم تقرر المحكمة غيره عند الإذن في الزواج ، أو في قرار لاحق لهذا الإذن .

## المطلب الثاني

### عيوب الرضا في عقد البيع

٦٠ - **نطيس القواهر العام :** عيوب الرضاء في عقد البيع هي عيوبه في أى عقد آخر ، فيعيب إرادة أى من البائع والمشتري أن تكون مشوبة بغلط أو تدليس (١) أو إكراه أو استغلال . فاذا شاب الإرادة عيب من هذه العيوب ،

---

(١) ومن صور التدليس في البيع صورة تسمى باحتكار البيع (vente à monopole) . فيعد منتج السلعة إلى الاتفاق مع تاجر يبيع منه سلته ييماً باتاً ، ليقوم التاجر بعد ذلك ببيعها من العلء لحسابه . ويزخرف المنتج التاجر السلعة ، ويؤكد له أنها رائجة كل الزواج ، فيحمله بذلك عل أن يقبل شراء كيات كبيرة منها عل أن يحتكر بيعها وحده . ثم يتبين التاجر أن السلعة ليست رائجة ، بعد أن يكون قد اشترى هذه الكيات الكبيرة المبتئناً إلى تأكيدات المنتج ، فنصيبه من جراء ذلك خسارة جسيمة . وقد سار القضاء الفرنسى على اعتبار مجرد التأكيدات الكاذبة الصادرة من منتج السلعة عن رواج سلته تدليساً يجعل البيع الصادر منه لتاجر قابلاً للإبطال ( ييدان ١١ فترة ٢٢ - الأستاذ جميل الشرفاوى فترة ٢٠ - وقد أشار ييدان =

كان البيع قابلاً للإبطال لمصلحة من شاب لإرادته العيب . وفي الاستغلال يكون البيع قابلاً للإبطال أو قابلاً للإيقاع وفقاً للقواعد المقررة في الاستغلال ، وقد سبق تفصيلها في الجزء الأول من الوسيط . ولتبن أحكام خاصة في عقد البيع ، سنتناولها عند الكلام في الثمن .

ولاجديد يقال في البيع في صدد هذه العيوب ، فيتبع فيها القواعد المقررة في النظرية العامة في العقد فيما يتعلق بميوب الإرادة (١) كما هي مبسطة تفصيلاً

في القضاء الفرنسي إلى الأحكام الآتية : محكمة المين أنتجارية ٢٠ يولييه سنة ١٩٢٦ مجلة القانون الفرنسي ١٩٢٦ ص ١٥٥ - محكمة مارسيليا التجارية أول ديسمبر سنة ١٩٢٢ مجموعة مارسيليا ١٩٢٣ - ١ - ١٩٣٥ - محكمة المان ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٤ جازيت دي باليه ١٩٢٤ - ٢ - ١٠١٦ - محكمة يزانسون ١٦ ديسمبر ١٩٣٥ جازيت دي باليه ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٦ ) .

(١) ومن قضاء محكمة النقض في عيوب الرضا في البيع : نقض مدني ٢ يناير سنة ١٩٢١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٩ ص ٢٩٦ ( التتقدم في السن والأمراض المستعصية من شأنها أن تجعل الإرادة معينة ) - نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٢ ص ٥٠٣ ( عين معينة ذكر حد فيها مكان حد آخر : غلط مادي يصحح ) - نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٥ ص ١٠٨٢ ( كتمان البائع عن المشتري أن المحل التجاري المبيع قد حكم بإغلاقه لعدم الرخصة يثير تدليلاً ، ولو كان المشتري يعلم بأن المحل غير مرخص لأنه كان يرجو الحصول على الرخصة ) - نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٨ ص ١٥٨٢ ( متى قفست المحكمة لأسباب سائفة في حدود سلطاتها التقديرية وقومع إكراه مؤثر في إرادة البائع أو تدليس مفسد لرضائه ، فإنها لا تكون ملزمة بإجراء تحقيق لا ترى أنها في حاجة إليه ) .

ومن قضاء محكمة الاستئناف المختلطة في عيوب الرضا في البيع : ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٥٣ ( اشترى أرضاً كان يعتقد أنها تتجاور مسلكين يؤديان إلى الطريق العام فتبين علم صحة ذلك : يمد غلطاً ) - ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٤ ( لا يمد غلطاً في تعيين الحدود إذا كانت ذاتية الأرض ومعموفة للمشتري ) - ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٦ ( الاكتتاب في أسهم شركة لم تحصل على فرمان تعديوي دون أن يعلم المكتتبون ذلك يكون مشوّفاً بالغلط ) - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٧ ( يمد غلطاً أن يقصد المشتري شراء ثمرة كاملة lot في أرض مقسمة وأن يقصد البائع بيع جزء من ثمرة وجزء من ثمرة أخرى ، ولو تساوى الشئان في المساحة والمنفعة ) - ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ ( اشترى أرضاً قسمت في الخمر لاني الطبيعة وكان يعتقد أنها تتجاور طريقاً عاماً فظهر غير ذلك : يمد غلطاً ) - ٩ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٧٠ ( لا يمد غلطاً أن يكون أحد حدود الأرض طريقاً خاصاً وكان المشتري يظنه طريقاً عاماً ) - ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٩ ( يمد غلطاً أن يقصد المشتري شراء شيء آخر فإذا هو مقلد ، ولو كان المشتري ذا خبرة بالآثار ، = الوسيط - م )

في الجزء الأول من الوسيط .

ولكن الغلط في المبيع في عقد البيع له شأن خاص ، إذ يتصل اتصالاً وثيقاً بالعلم بالمبيع وبخيار الرؤية وهو الخيار المعروف بالفقه الإسلامي ، فتناوله هنا في شيء من التفصيل .

### ٦١ - علم المشتري بالمبيع - النصوص القانونية : نص

المادة ٤١٩ من القانون المدني على ما يأتي :

- ١ - يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً . ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه .
  - ٢ - وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به ، إلا إذا أثبت تبليس البائع (١) .
- ويقابل هذا النص في القانون المدني السابق المواد ٢٤٩-٣١٥/٢٥٣-٣١٩(٢).

== فلاتبتدي في رفع دعوى الغلط بمدة التقادم القصيرة المقررة في شأن الميب الخفي) - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢٠ (لايعد غلطاً الخطأ في تعيين المفعول مادامت ذاتية الأرض معروفة) - ٢٤ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢٦ (لايد من بيان ريع المبيع في العقد الابتدائي حتى يستطيع المشتري أن يتمسك بالغلط في قيمة المبيع لأن ريعه أقل مما قدر) - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٠٨ (غلط المشتري في ذاتية الأرض التي اشتراها) - وانظر أيضاً في الغلط والتبليس : ٢٨ مايو ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤١٥ (غلط) - ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩ (غلط) - ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٤٧ (تدليس) - ٩ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٢١ (تدليس) - ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١ (الغلط بأنواعه المختلفة) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٩ من المشروع التمهيلي على الوجه الآتي :

١ - يجب أن يكون المشتري عالماً بالشيء المبيع علماً كافياً . ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التحقق منه . ٢ - إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في الطعن على البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع ، إلا إذا أثبت تدليس البائع . وفي لجنة المراجعة سورد النص تحويراً لفظياً ، وحدد في دقة الجزاء على عدم العلم وهو طلب الإبطال ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد ، وصار رقم ٤٣٢ في المشروع النهائي . ووافق على مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٩ مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ١٨ و ص ٢٠) .

(٢) التفتين المدني السابق م ٣١٥/٢٤٩ : يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ، إما بنفسه أو بمن وكله عنه في معاينته . م ٣١٦/٢٥٠ : إذا لم يشاهد المشتري جزافاً يجب

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري  
المادة ٢٨٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٨ - وفي التقنين المدني العراقي

« إلا بعض المبيع ، وتبين أنه لو زاء كله لامتنع عن شرائه ، فليس له ألا أن يتحمل على الحكم  
بفسخ البيع بدون أن يجوز له طلب تقسيم المبيع أو تنقيص ثمنه ، ويسقط حقه في طلب الفسخ  
إذا تصرف في الشيء المبيع بأي طريق كان .

م ٢٥١/٣١٧ : إذا ذكر في عقد المبيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال  
المبيع بدعوى عدم علمه بالمبيع ، إذا أثبت تدليس البائع عليه .

م ٢٥٢/٣١٨ : بيع الأشياء التي لم يداينها المشتري ولا وكيله في المعايضة لا يكون صحيحاً  
إلا إذا كان عقد البيع مشتملاً على بيان المبيع وأوصافه الأصلية بحيث يمكن الكشف عليه وتحقيق  
حاله .

م ٢٥٣/٣١٩ : البيع للأعشى يكون صحيحاً إذا أمكنه معرفة حقيقة البيع بطريقة غير المعاينة ،  
أو حصلت معاينته من ميث معتداً عليه في ذلك .

وقد نص التقنين المدني الجديد هذه النصوص الخمسة في نص واحد هو المادة ١٤٩ المتضمن  
ذكرها . وقد جاء في صدها في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي ما يأتي : « هذا النص  
يلخص خمسة نصوص في التقنين المصري الحالي ( السابق ) هي المفراد ٢٤٩ - ٢٥٣/٣١٥ -  
٣١٩ ، على وجه يوفق بين خيار الرؤية المعروف في الشريعة الإسلامية وبين المبادئ العامة  
لقانون المدني وهذه لا تشترط رؤية المبيع ، بل تقتصر على اشتراط أن يكون معيناً معيناً كافياً .  
فقرر المشروع وجوب أن يكون المشتري عالماً بالشيء المبيع علماً كافياً ، وحذفت عبارة « إما بنفسه  
أو بمن يوكله عنه في معاينته » من نص التقنين الحالي ( السابق ) لبداهتها . ثم أراد أن يوفق  
بين هذا العلم - والمقصود به خيار الرؤية - وبين الاكتفاء بتبين الشيء . فذكر أن العلم يعتبر  
كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التحقق منه ( أنظر  
م ٢٥٢/٣١٨ مدني ) . فروية المبيع يفي عنه تعيينه بأوصافه الأساسية تعييناً من شأنه أن يمكن  
تمييزه عن الأشياء الأخرى . وينبغي أن هذا التبين يختلف باختلاف الأشياء - ثم نقل المشروع  
المادة ٢٥١/٣١٨ من التقنين الحالي ( السابق ) ، فقرر أنه إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري  
عالم بالمبيع سقط حقه في الطعن على البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع ، إلا إذا أثبت تدليس البائع .  
وقد أغفل المشروع نصين في التقنين الحالي ( السابق ) لا فائدة من إيرادهما ، أحدهما يقضي بأنه  
« إذا لم يشاهد المشتري جزاءً إلا بعض المبيع ، وتبين له أنه لو زاء لامتنع عن شرائه ، فليس  
له إلا أن يتحمل على الحكم بفسخ البيع بدون أن يجوز له طلب تقسيم المبيع أو تنقيص ثمنه ، ويسقط  
حقه في طلب الفسخ إذا تصرف في الشيء المبيع بأي طريق كان ( م ٢١٦/١٥٠ مصري ) »  
ويقضي النص الثاني بأن البيع للأعشى يكون صحيحاً إذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير  
المعاينة أو حصلت معاينته من عينه معتداً عليه في ذلك ( م ٢٥٣/٣١٩ ) . وواضح أنفي القواعد  
العامية حتى عن ذكر ملين الحكيم » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٨ - ص ١٩ ) .

## المواد ٧١٥-٢٣٣ وفي تقنين للوجبات والعقود لا يوجد نص مقابل (١)

### (١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٧ ( مطابقة المادة ٤١٩ من التقنين المدني المصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٣٩ - فقرة ٤٥ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٠٨ ( مطابقة المادة ٤١٩ من التقنين المدني المصري ) .

التقنين المدني العراقي م ٥١٧ : ١ - كل من اشترى شيئاً لم يره كان له اختيار حين يراه ، فإن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع . ولا لاختيار البائع فيما بانه ولم يره . ٢ - والمراد بالرؤية الوقوف على خصائص الشيء ومزاياه بالنظر أو اللمس أو السمع أو المذاق . م ٥١٨ : الأشياء التي تباع على مقتضى نموذجها تكون رؤية النموذج فيها . فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذي اشترى على مقتضاه ، كان المشتري غيراً بين قبوله بالتمن المسى أو رده بفسخ البيع . ٢ - فإذا تعيب النموذج أو هلك في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ منه ، كان على هذا المتعاقد بحسب ما يكون باتماً أو مشترياً أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له .

م ٥١٩ : ١ - إذا بيعت جملة أشياء متفاوتة صفقة واحدة ، فلا بد لزوم البيع من رؤية كل واحد منها على حدة . ٢ - وإذا كان المشتري رأى بعضها ، فلي رأى الباقي جاز له أخذ جميع الأشياء أو ردها جميعاً ، وليس له أن يأخذ ما رآه ويترك الباقي .

م ٥٢٠ : ١ - إذا وصف شيء للأعي وعرف وصفه ثم اشتراه ، لا يكون غيراً . ٢ - ويسقط على كل حال خيار الأعي بلمس الأشياء التي تعرف باللمس وشم المشبومات وذوق المنوعات .

م ٥٢١ : الركيل براءة شيء والركيل بقبضه رؤيتهما كروية الأصل ، أما الرسول فلا تسقط رؤيته خيار المشتري .

م ٥٢٢ : من رأى شيئاً يقصد الشراء ، ثم اشتراه بعد مدة وهو يعلم أنه الشيء الذي كان قد رآه ، فلا خيار له . وإذا وجد الشيء قد تغير عن الحال الذي رآه فيه .

م ٥٢٣ : ١ - يسقط خيار الرؤية بموت المشتري ، ويتصرف في البيع قبل أن يراه ، وإلزامه في عقد البيع أنه قد رأى الشيء وقبله بحالته ، وبوصف الشيء في عقد البيع وصفاً يقوم مقام الرؤية ويظهره على الصفة التي وصفت ، ويتعيب المبيع أو هلكه بعد القبض ، وبصورة ما يظل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري قبل الرؤية أو بعدها ، وبمضي وقت كاف يمكن المشتري من رؤية الشيء دون أن يراه . ٢ - واليأتى أن يحدد المشتري أجلاً مناسباً يسقط بانقضاءه الخيار إذا لم يرد المبيع خلال هذه المدة

( والتقنين العراقي أخذ بخيار الرؤية المعروف في الفقه الإسلامي ، ولكنه أقام مقام الرؤية وصف الشيء وصفاً يفي عن الرؤية . انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن النذول فقرة ٦٧ - فقرة ٧٦ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٠٨ - فقرة ٢١٥ وميز بحق =



٦٢ - القواعد العامة المتعلقة بعلم المشتري بالبيع : لو أن نص المادة ٤١٩ مدني لم يوجد ، لوجب ألا تتطلب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع ذاتاً ، ولكفى أن يكون المبيع معيّنًا تعيّنًا كافياً يميزه عن غيره ويكون مانعاً من الجهالة الفاحشة ولو لم يكن المشتري عالماً به . وهذه هي القواعد العامة المتعلقة بتعيين محل الالتزام ، سبق بسطها في النظرية العامة للمحل . فإذا كان المبيع داراً مثلاً ، ولم يرها المشتري ، ولكنها عينت تعيّنًا كافياً بأن ذكر موقعها وحدودها ، فقد كان ينبغي أن هذا التعيين يكفي ولو لم يكن المشتري سابق علم بالدار .

فكان ينبغي إذن ألا تشترط رؤية المشتري للمبيع ، ولا سابق علمه به ، ولا وصفه بأكثر من الأوصاف التي تكفي لتعيينه . على أنه يجب ألا يكون المشتري واقفاً في غلط في صفة جوهرية في المبيع ، وهذا الغلط لا يفترض ، فعمل المشتري الذي يدعيه يقع عبء إثباته . ولكن الفقه الإسلامي ، وبخاصة المذهب الحنفي ، يثبت للمشتري الذي لم ير المبيع خياراً . يسميه خيار الرؤية ، يستطع المشتري بموجبه أن ينقض البيع ويرد المبيع إذا رآه فوجده على خلاف ما ظن . وقد أراد التقنين المدني الجديد ، على غرار التقنين المدني السابق ، أن يوفق بين خيار الرؤية وبين القواعد العامة التي سبقت الإشارة إليها في تعيين المبيع وفي الغلط في صفة جوهرية فيه . فنستعرض في إيجاز خيار الرؤية في الفقه الإسلامي ، في المذهب الحنفي وفي غيره من المذاهب الأخرى ، ثم نتقل إلى أحكام التقنين المدني المصري التي أريد بها التوفيق بين أحكام خيار الرؤية وبين هذه القواعد العامة .

٦٣ - خيار الرؤية في الفقه الحنفي : يثبت خيار الرؤية ، في المذهب الحنفي ، في عقد البيع ، ويثبت للمشتري دون البائع . فمن اشترى عيناً معينة

---

= بين خيار الرؤية والغلط فيدافع بذلك عن وجود خيار الرؤية في القانون المدني العراقي على خلاف رأي الأستاذ حسن الذنون ) .  
تقنين الموجبات والمقود البتاني : لم يرد شيء خاص بخيار الرؤية ، ففسرى القواعد العامة المتعلقة بوجود تعيين المبيع تعيّنًا كافياً .

بالذات ، ولم يكن قد رأها لا وقت البيع ولا قبل البيع (١) ، كان له خيار  
إذ رأها ، ولو كان اشتراها على الصفة وظهرت على ما وصفت ، لما روى  
عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من اشترى شيئاً لم يره فهو الخيار إذا رآه .  
أما البايع فلا خيار له ، حتى لو لم يكن قد رأى العين التي باعها قبل بيعها .  
ووقت ثبوت خيار الرؤية للمشتري هو وقت الرؤية لأقبلها ، حتى لو أجاز  
البيع قبل الرؤية ورضى بالبيع ، فإنه له بالرغم من ذلك أن يردّه إذا رآه ،  
لأن نزوله عن الخيار قبل أن يثبت له لا يعتد به . واختلف في جواز الفسخ  
قبل الرؤية ، والصحيح أنه يجوز .

والعقد حال قيام خيار الرؤية غير لازم من جهة المشتري ، فلهذا الرجوع  
عنه وفسخه بعد الرؤية ، بل وقبلها كما سبق القول . أما البايع فقد قلنا أنه  
لا خيار له ، فالعقد يكون لازماً من جهته . وعدم لزوم العقد من جهة المشتري  
يقوم في أساسه على فكرة الغلط ، إذ يفترض إن المشتري لم يجد المبيع على الحال  
التي ظنها ، بل وجده على حال لا يصلح معها للغرض المقصود ، فأساس خيار  
الرؤية هو غلط المشتري في شيء لم تسبق له رؤيته .

ويسقط خيار الرؤية : (١) برؤية المشتري للعين المبيعة ورضائه بها صراحة  
أو دلالة . ولا تلزم رؤية جميع أجزاء المبيع بل يكفي برؤية ما يدل على العلم  
بالمقصود من العين المبيعة (٢) . فإذا تمت رؤية المبيع على الوجه المتقدم جاز  
للمشتري إفضاء البيع برضائه بالمبيع كما جاز له فسخه . والفسخ يثبت له منذ  
البدائية ، حتى قبل الرؤية على الرأي الصحيح كما قلنا . والخيار في المذهب  
الحنفى أن خيار الرؤية لا يثبت ، بل يبقى إلى أن يوجد ما يسقطه . فليس هناك  
وقت معلوم يجب أن يستعمل فيه المشتري خياره في الإفضاء أو في الرد ،

---

(١) فإذا كان المشتري لم ير المبيع وقت الشراء ولكن كان قد رآه قبل ذلك ، فإن كان  
المبيع وقت الشراء على حاله التي كان عليها لم يتغير ، فلا خيار له . وإن كان قد تغير عن حاله ،  
فله الخيار ، لأنه إذا تغير عن حاله فقد صار شيئاً آخر فكان مشترياً شيئاً لم يره فله الخيار إذا  
وآه (أنظر ٥٢٢ مدني عراق آتفاً بقرة ٦١ في الحاشية) .

(٢) أنظر في تفصيلات رؤية الشيء - وهي مأخوذة من اللهب الحنفى - المراد ٥١٨ - ٥٢١  
من الفتنين اللؤلؤ العراقي ، وقد سبق ذكرهما (آتفاً بقرة ٦١ في الحاشية) .

وما دام سائكاً فختياره قائم إلى أن يصلر منه ما يدل على الإمضاء أو الرد ، وعند ذلك يسقط خياره ويصبح البيع لازماً في حالة الإمضاء منتقضاً في حالة الرد . وهناك قول بأن خيار الرؤية موقت بعد الرؤية بقدر ما يمكن المشتري من الفسخ ، فاذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ سقط خياره ولزم المبيع (١)

(٢) يموت المشتري قبل أن يختار ، فيلزم لبيع بموته . ولا ينفل الخيار إلى ورثته ، لأن خيار الرؤية لا يورث . (٣) بهلاك بعض المبيع أو تعييه أو تغيره قبل أن يختار المشتري . (٤) بتصرف المشتري في المبيع . وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان التصرف صادراً قبل رؤية المشتري للمبيع أو بعد الرؤية . فان كان صادراً قبل رؤيته ، وكان التصرف لا يمكن رفعه كالإعتاق والتدبير ، أو كان لازماً بوجب حقاً للغير كالبيع والهبة مع التسليم والرهن والإجارة ، سقط خيار الرؤية . ذلك أن تملر فسخ هذه التصرفات بوجب لزوم البيع ، لأن الفسخ إذا تملر لم يكن في بقاء الخيار فائدة فيسقط . ويبقى الخيار سائكاً حتى لو نقضت هذه التصرفات اللازمة ، كما لو باع أو وهن أو أجر ثم رد عليه مبيع أو افكك الرهن أو انقضت مدة الإجارة . فخيار الرؤية لا يعود بعد أن سقط ، إذا الساقط لا يعود إلا بسبب جديد ، أما إذا كان التصرف الصادر من المشتري قبل الرؤية تصرفاً غير لازم ، كما لو باع بشرط الخيار أو عرض للبيع أو وهب ولم يسل أو كان المبيع داراً فبيعت دار مجتنبها فأخذها بالشفعة ، لم يسقط خيار الرؤية ، لأن هذه التصرفات يمكن للمشتري الرجوع فيها ولا يتملر فسخها ، وكل ما تدل عليه هو الرضا ، والخيار قبل الرؤية لا يسقط بصريح الرضا ، فبدلالة الرضا أولى ألا يسقط . بقيت التصرفات الصادرة من المشتري بعد الرؤية ، فهذه سواء كان يمكن رفعها أو يمكن ، تملر فسخها أو لم تملر ،

---

(١) وقد اختار التتئين المدني العراق هذا القول ، فنص في الفقرة الأولى من المادة ٢٣ على أن « يسقط خيار الرؤية .. بصور ما يطل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري قبل الرؤية أو بعدها ، وبمضي وقت كالت يمكن المشتري من رؤية الشيء دون أن يرد » . وتضيف الفقرة الثانية من المادة ٢٣ ما يأتي : « والباقي أن يبعد للمشتري أجلاً مناسباً يسقط بانقضائه الخيار إذا لم يرد المبيع في خلال هذه المدة » ( انظر آتقاً فقرة ٦١ في الهامش ) .

فاتها تسقط خيار الرؤية. إذا أقل ما تدل عليه الرضا ، والخيار بعد الرؤية يسقط بالرضا صراحة أو دلالة (١) .

#### ٦٤ - خيار الرؤية في المذاهب الأخرى في الفقه الإسلامي :

والمذهب الحنفي وحده هو الذي يعرف خيار الرؤية على النحو الذي بسطناه ، أما المذاهب الأخرى فتختلف أحكامها في هذا الخيار عن أحكام المذهب الحنفي .

ففي مذهب مالك ، إذا كانت العين المبعة حاضرة في مجلس العقد ولم يكن في رؤيتها مشقة وجب أن يراها المشتري ليصح العقد . فإذا اشتراها بعد رؤيتها انعقد البيع صحيحاً نافذاً لازماً ولا خيار فيه للرؤية ، وإذا اشتراها دون أن يراها لم يصح البيع . وهذا هو الحكم أيضاً إذا كانت العين قريبة جداً من مجلس العقد ، بحيث تمكن رؤيتها دون مشقة . أما إذا كانت العين غائبة عن مجلس العقد ، أو كانت حاضرة ولكن في رؤيتها مشقة كتوب يخشى أن يلحقه السواد من تكرار التشر عليه ، جاز بيعها على الصفة إذا لم تكن بعيدة جداً ، فتصرف وصفاً يميزها عن غيرها ويفرد بذاتيتها . فإذا بيعت العين على هذا النحو انعقد البيع نافذاً وليس للمشتري خيار الرؤية ، ولكن له خيار الوصف إن جاءت العين على غير ما وصفت . ويدخل في البيع على الوصف ما يعرف

---

(١) وقد جاءت هذه الأحكام نقلاً عن المذهب الحنفي في التفتين للذي العراقي ، فنصت المادة ١٥٢٣ من هذا التفتين على ما يأتي : « يسقط خيار الرؤية بموت المشتري ، وبصرفه في البيع قبل أن يراه ، وبإقراره في عقد البيع أنه قد رأى الشيء وقبله بحالته ، وبوصف الشيء في عقد البيع وصفاً يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصفت ، وبتييب الشيء أو هلاكه بعد القبض ، وبصدور ما يبطل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري قبل الرؤية أو بعدها ، وبمضي وقت كاف يمكن المشتري من رؤية الشيء دون أن يراه » ( انظر آناً فقرة ٦١ في المامش ) . ويلاحظ أن التفتين العراقي أضاف سببين في إسقاط خيار الرؤية : وصف الشيء وصفاً يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصفت ، وإقرار المشتري في عقد البيع أنه قد رأى الشيء وقبله بحالته . وسنرى أن التفتين المصري هو أيضاً جمل هذين السببين مسقطين لخيار الرؤية : فوفق بذلك بين أحكام خيار الرؤية في الفقه الإسلامي والقواعد العامة المتعلقة بتعيين المبيع . وانظر في خيار الرؤية في المذهب الحنفي مصادر الحق في الفقه الإسلامي المؤلف جزء ٤ ص ٢٤٨ - ٢٥٨ ، حيث ذكرت المصادر والتصبوص النهائية في خيار الرؤية .

بالمبيع على البرنامج ، بأن تذكر أوصاف العين في دفتر مکتوب ، فيشتريها المشتري على هذه الأوصاف ، فان وجدت لزم البيع ، وإلا كان للمشتري خيار الوصف . وينفى عن الوصف رؤية مقدمة ، بأن يكون المشتري قد سبق له أن رأى العين قبل البيع ولم تتغير العين وقت البيع عما كانت عليه وقت الرؤية . فاذا لم تسبق للمشتري رؤية العين ، ولم توصف على النحو المتقدم أو وصفت ولكنها كانت بعيدة جداً ، لم يجوز البيع إلا إذا جعل المشتري لنفسه الخيار إذا رأى المبيع . أما إذا انعقد البيع على الإلزام بأن اشترط البائع على المشتري ألا يكون له الخيار أو سكت العقدان عن شرط الخيار ، فالبيع باطل . ويستخلص من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف في مذهب مالك ، إلا في حالة العين الغائبة التي لم توصف ، أو في حالة العين البعيدة جداً ولو وصفت ، مادامت العين في هاتين الحالتين لم تسبق رؤيتها ، ولا يثبت الخيار إلا بالشرط .

وفي مذهب الشافعي ، في قوله القديم ، يجوز بيع العين الغائبة ويثبت للمشتري خيار الرؤية . ثم إن في انقار صحة البيع إلى ذكر صفات المبيع ثلاثة أوجه : أحدها أنه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات ، والثاني أنه لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة ، والثالث أن صحة البيع لا تنقثر إلى ذكر شيء من الصفات فيجوز بيع العين الغائبة دون وصف لأن الاعتماد على الرؤية وقد ثبت للمشتري خيارها . وأما إذا رأى المشتري المبيع قبل العقد ثم اشتراه دون أن يراه وقت البيع ، فإن كان مما لا يتغير كالعقار ونحوه جاز بيعه . وهذا القول القديم في مذهب الشافعي يقارب المذهب الحنفي في خيار الرؤية ، فهو يثبت للمشتري هذا الخيار حتى لو ذكرت جميع صفات المبيع . وفي القول الجديد رؤية المبيع شرط في صحة العقد ، سواء كانت العين حاضرة أو غائبة ، وسواء لم يسبق للمشتري رؤيتها أو سبق ، ففي جميع الأحوال لا يصح البيع إلا في المبيع المرقى وقت العقد . ومن ثم لا يكون للمشتري خيار الرؤية ، فهو قد رأى العين وقت العقد ورضي شراءها . بل إن رؤيتها وقت العقد شرط في صحة البيع كما قدمنا (١) .

(١) والشافعي ، في اشتراطه في قوله الجديد رؤية المبيع وقت العقد لصحة البيع ، يفتي كثيراً في مجال التامل . وهو يحتج لقوله هذا بنهى النبي عليه السلام من بيع الفرو والفرو موجود فيما لم يره المشتري ، وينهى عليه السلام عن بيع ما ليس عند الإنسان والمراد ما ليس

والظاهر في مذهب أحمد بن حنبل أن العين الغائبة التي لم توصف ولم تتقدم رؤيتها لا يصح بيعها . فيجب ، حتى يصح العقد ، إما الرؤية من المشتري والبائع جميعاً ، وإما سبق الرؤية بزمن لا تتغير العين فيه ، وإما وصف العين بحيث يذكر من صفاتها ما يكفي لصحة السلم . فإن وقع البيع على هذا النحو كان صحيحاً لازماً ، وليس للمشتري ولا للبائع خيار الرؤية فيه . لكن إذا وصف المبيع فجاء على غير الوصف ، كان للمشتري خيار الخلف في الوصف . وإذا كانت العين حاضرة في مجلس العقد ، اشترطت رؤية ما هو مقصود بالبيع ، وهذا ما لم يوصف المبيع . ويتبين من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف في الظاهر من مذهب أحمد ، إذ البيع لا يصح إلا برؤية المبيع أو بوصفه ، فلا مجال بعد ذلك لخيار الرؤية (١) .

ويستخلص مما قدمناه في المذاهب الثلاثة أن وصف المبيع يغني عن رؤيته ، فالبيع على الوصف جائز ، وليس للمشتري عند ذاك خيار الرؤية وإنما له خيار الخلف في الوصف . وهذا الذي استخلص من المذاهب الثلاثة هو ما أكل به التقنين المدني المصري أحكام خيار الرؤية بعد أن أخذ هذه الأحكام من المذهب الحنفي ، فجعل الوصف مغنياً عن الرؤية ، بل جعل إقرار المشتري أنه عالم بالمبيع بمثابة الرؤية كما سنرى .

== يحاضر مرقى المشتري . وينبغي أن المقصود في البيع هو المالة ومقدار المالة لا يصير معلوماً إلا بالرؤية ، فالجهل بمقدار المالة قبل الرؤية بمنزلة انعدام المالة . ويقول إن البيع بيع دين وبيع عين . والطريق لمعرفة المبيع فيما هو دين الوصف ، وإذا تراعى الوصف عن حالة العقد لم يمتز البيع . أما الطريق لمعرفة العين فهو الرؤية ، وإذا تراخت الرؤية عن حالة العقد لم يمتز أيضاً البيع ( مصادر الحق في الفقه الإسلامي المؤلف : ص ٤٦٤ ) .

(١) وهناك رواية ثانية في مذهب أحمد ، هي أنه يجوز بيع العين التي لم توصف ولم تتقدم رؤيتها ، ويكون المشتري في هذه الحالة خيار الرؤية ، بل إن البائع يكون له هو أيضاً خيار الرؤية إذا لم تسبق له رؤية المبيع . وفي رواية ثالثة أن البيع على الصفة لا يجوز ، وإن البيع على رؤية سابقة لا يجوز ، فيشترط إذن في صحة البيع رؤية المبيع حال العقد . وتتفق هذه الرواية الثالثة في مذهب أحمد مع مذهب الشافعي في قوله الجديد .

وانظر في خيار الرؤية في المذاهب الثلاثة مصادر الحق في الفقه الإسلامي المؤلف جزء ٤ ص ٢٥٩ - ص ٢٦٧ ، حيث ذكرت المصادر والتفصيص النقية .

## ٦٥ - خيار الرؤية في التقنين المدني المصري : وقد نقل التقنين

المدني الجديد ، على غرار التقنين المدني السابق ، خيار الرؤية على الفقه الإسلامي ، مع بعض تعديلات تظهر مما يأتي (١) .

فقد أوجب - في المادة ٤١٩ مدني وقد تقدم ذكرها - أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً . والعلم بالمبيع شيء غير تعيين المبيع ، فقد يكون المبيع معيناً كل التمين ولكن المشتري لا يعلمه . والأصل في العلم بالمبيع أن يكون برؤية المبيع ذاتاً ، ولكن التقنين المدني لم يجعل الرؤية هي الطريق الوحيد لتحصيل العلم بالمبيع ، بل جعل إلى جانب هذا الطريق طريقين آخرين .

أولاً : أن يشتمل عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه . وهذه خطوة أبعد من تعيين المبيع ، إذ يكفي في تعيين المبيع أن يكون معروفاً بذاته لا يقع لبس فيه . فإذا باع شخص داراً معروفة للناس إذا ذكرت فلا يقع لبس فيها ، كانت العين المبيعة معينة تعييناً كافياً ، ولكن المشتري قد لا يكون رأى الدار وليس له سابق علم بها . فلا يكفي إذن ، لصحة البيع ، أن تكون الدار معينة تعييناً كافياً ، بل يجب أيضاً بيان أوصافها الأساسية بياناً يمكن من تعرفها ، فيذكر موقع الدار وحدودها ومساحتها وعدد طيقاتها وما يتبع الدار من ملحقات ونحو ذلك مما يجعل صورة الدار مرسومة رسماً واضحاً في ذهن المشتري ، فهذا الوصف الدقيق يقوم مقام الرؤية (٢) . وقد رأينا أن المذاهب الثلاثة ، بخلاف المذهب الحنفي ، تستغنى من الرؤية بالوصف .

ثانياً : إقرار المشتري في عقد البيع بأنه عالم بالمبيع . فقد لا يوصف المبيع المعين على النحو الذي قلناه ، ولكن المشتري يذكر في عقد البيع أنه يعرف المبيع أو سبقت له رؤيته ، فيكون إقراره هذا حجة عليه . ولا يستطيع بعد ذلك أن يظن في البيع بالابطال بدعوى عدم علمه بالمبيع ، إلا إذا أثبت

(١) وفي القانون الفرنسي بيع قريب من البيع بخيار الرؤية يسمى البيع مع الاحتفاظ بمحل المتول *vente en disponible* ، وهو بيع بفاسلح في مخازن البائع لم يرها المشتري ، وله الحق في قبولها أو رفضها منه رؤيتها ( انظر في هذا البيع بوردو وسبتيما فقرة ١٨٣ رابعا ) .

(٢) استئناف وطني ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المجلد ٢ رقم ٢/١٢٢ ص ٤٨٦ - استئناف مخطوط أول يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧١

أن البائع قد دلّس عليه ، بأن أراه مثلاً عيناً أخرى وأوهمه أنها العين المباعة ،  
ففي هذه الحالة له أن يتمسك بإبطال البيع للتدليس (١) للغلط  
ونرى من ذلك أن خيار الرؤية في التقنين المدني المصري قد آل في النهاية  
إلى وجوب وصف المبيع في عقد البيع وصفاً مميزاً له عن غيره بحيث يتمكن  
المشتري من تعرفه . فإذا لم يوصف على هذا النحو ، وجب على الأقل أن يقر  
المشتري في عقد البيع أنه عالم بالبائع .

ولا يظهر إذن خيار الرؤية إلا في الفروض النادر الآتي : تكون العين المباعة  
معيّنة تعييناً تاماً للجهة الفاحشة ، ولكنها لا توصف الوصف المميز الذي يمكن  
من تعرفها ، وفي الوقت ذاتها لا يقر المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع ،  
ولم يكن قد سبق له رؤيتها . ففي هذه الحالة وحدها يثبت للمشتري خيار  
الرؤية ، على نحو لأمم فيه التقنين المدني بين أحكام الفقه الإسلامي والمبادئ  
العامة للقانون المدني (٢) فخرج خيار الرؤية على نظرية الغلط ، وافترض أن

---

(١) استئناف وطني ٢٨ مارس سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٣ ص ١٨٥ - استئناف مخطوط  
٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٥ - وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٩٤ مدني : « وإذا  
ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال المبيع بدعوى عدم علمه  
به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع » . ولما كان الإقرار بالعالم بالمبيع هو حجة على المشتري ،  
كما قلنا ، فهو دليل على أن المشتري لم يقع في غلط في شأن وفاة المبيع بالنظر المقصود منه ،  
ومن ثم يكون البيع صحيحاً . ويكون من غير الدقيق أن يقول النص في هذا الصدد إن المشتري  
« يسقط » حقه في طلب إبطال البيع ، فالمشتري لا يستطيع الطعن في البيع ، لا لأن حقه في طلب  
إبطال البيع قد سقط ، بل لأن البيع صحيح وليس هناك دعوى إبطال أصلاً حتى يقال فيها إنها  
قد سقطت ( أنظر في هذا المعنى الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٤١ ص ٧١ - الأستاذ  
مصطفى الزرقاني في البيع في القانون المدني السوري ص ٧١ هامش رقم ٣ ) .

(٢) فإذا ثبت ، رغم عدم وصف المبيع الوصف المميز له ورغم عدم إقرار المشتري في عقد  
البيع أنه عالم بالمبيع ، أن المشتري لم يكن يجهل المبيع وأنه عاينه بنفسه وتحقق من أوصافه ،  
لم يكن له حق الطعن في البيع . وهذه مسألة موضوعية لا رقابة فيها لحكمة التنقذ . وقد قضت محكمة  
التنقض بأنه إذا كانت حكمة الموضوع قد استخلصت أن المشتري لم يكن يجهل مساحة المنزل الذي  
اشتراه ، وأنه عاينه بنفسه وتحقق من أوصافه ، وكان هذا الاستخلاص سليماً مبنياً على ما أورده  
في حكمه من وقائع الدعوى وظروفها وملازماتها ، فلا يجوز بعد ذلك إثارة هذا الأمر أمام محكمة  
التنقض لتعلقه بموضوع الدعوى (تنقض مدني ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣  
رقم ٧٢ ص ٢٥٩) .



المشتري في الحالة التي نحن بصدددها ، إذا رأى المبيع فلم يجده وافيًا بالغرض المقصود ، قد وقع في غلط جوهرى بشأن المبيع . فهو لم يره ولم بوصف له ، ولكنه أقدم على شرائه بالرغم من ذلك ظاناً أنه يفي بالغرض المقصود . فلما رآه وجده غير وافي بهذا الغرض ، فيكون قد وقع في غلط جوهرى كما قدمنا ، وله أن يطلب إبطال البيع وفقاً للقواعد المقررة في نظرية الغلط (١) . وخصوصية الغلط هنا أنه غلط قد أعفى المشتري من إثباته ، فهو غلط مفترض ، وبكفى أن يدعيه المشتري حتى يصدق بقوله ، بل يطلب منه أن يحلف اليمين . فما دام أنه لم ير المبيع من قبل ، ولم يوصف له الوصف اللازم ، ولم يقر أنه عالم به ، فالمرغوض قانوناً أنه إذا رد المبيع بعد رؤيته فليس ذلك إلا نتيجة لوقوعه في غلط جوهرى من حيث وفاء المبيع بالغرض المقصود (٢) .

(١) والذي يقطع في أن التفتين المذكورين قد خرج خيار الرؤية هل نظرية الغلط أن المشروع التمهيدى لفقرة الثانية من المادة ١١٩ كانت تجري على الوجه الآتى : « إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في الطعن على البيع بدعى عدم علمه بالمبيع » . وفى لجنة المراجعة حدد في دقة الجزاء هل عدم العلم وهو طلب الإبطال ( أنظر تاريخ نص المادة ١١٩ آنفاً ) فقرة ٦١ فى الماشى . ويخلص من أن الجزاء على عدم العلم بالمبيع - أى عدم الرؤية - هو إبطال البيع ، ولا يكون الإبطال فى هذه الحالة إلا غلط .

وانظر فى أن المقصود بعدم العلم بالمبيع هو عدم الرؤية المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ص ١٩ ، وقد سبق ذكرها آنفاً ( فقرة ٦١ فى الماشى ) .

(٢) وإذا فرضنا أن المشتري قد ثبت له خيار الرؤية على النحو الذى بيناه ، فهل يسقط هذا الخيار بما يسقط به فى الفقه الإسلامى مادام أنه مأخوذ ؟ ترى الأخف بهذا الرأى ، فيسقط خيار الرؤية فى التفتين المدعى المصرى بما يأتى : (١) برؤية المشتري العين المبيعة ورضائه بها صراحة أو دلالة . فإذا رأى المشتري العين وسكت بحيث يفهم من سكوته رضاه بالمبيع ، فقد سقط خياره . أما إذا أعلن المبيع لائى بالغرض المقصود ، فإن له أن يطعن فى البيع بالإبطال لغلط ، ولا تسقط الدعوى إلا بمضى ثلاث سنين من وقت رؤيته العين ، كما هو الأمر فى دعاوى الإبطال ، وذلك كله بشرط أن يعلن عدم رضائه بالمبيع عند رؤيته دون تأخر ، وإلا عد راضياً به وسقط خياره . (٢) بموت المشتري قبل أن يختار ، لأن خيار الرؤية لا يورث . (٣) بهلاك المبيع أو تعييبه أو تديره قبل أن يختار المشتري . (٤) بتصرف المشتري فى المبيع قبل رؤيته تصرفاً يثبت حقاً للغير هل العين المبيعة ، كما إذا باعها أو رهنها . أما تصرفه فى المبيع بعد رؤيته فهذا يستلزم منه رضاه ضمنى بالمبيع ، ومن ثم يسقط خياره . وفى هذا الصدد يحسن التمييز بين نزول المشتري من خياره وبين رضائه بالمبيع . فى الحالتين لا يكون له خيار . ولكنه فى الحالة الأولى يكون قد ثبت له الخيار ونزل عنه ، أى أنه تبين أنه كان واقعاً فى غلط فى شأن المبيع ومع ذلك نزل عن دعوى الإبطال وأجاز البيع . أما فى الحالة الثانية فإنه يرضاه بالمبيع يكون قد قرأ أنه لم يقع فى غلط أصلاً ، بل إن البيع قد نشأ صحيحاً منذ البداية

هذا هو القدر الذى أخذ به التقنين المدني فى خيار الرؤية . وغنى عن البيان أنه لو لم يأخذ بهذا القدر ، وادعى المشتري بعد رؤية المبيع أنه وقع فى غلط جوهرى من حيث وفائه بالغرض المقصود ، لكان عليه عبء إثبات هذا الغلط . فتصور الغلط من غلط واجب الإثبات إلى غرض مفترض هو الأثر الذى ترتب على أخذ التقنين المدني بخيار الرؤية (١)

## المبحث الثالث

### بعض البيوع الموصوفة

#### ٦٦ - يرفع على البيع ما يرفع على سائر العقود من أوصاف :

والبيع كسائر العقود قد تدخل عليه أوصاف مختلفة ، فيكون معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل ، ويكون متعدد المحل بأن يكون بيعاً مع خيار التعيين أو بيعاً ينطوى على التزام بدلى كالبيع بالعربون . والقواعد العامة التى سبق أن بسطانها فى أوصاف الالتزام من شرط (٢) وأجل (٣) ومن التزام تخييرى (٤) والالتزام

== أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠ وفقرة ٥٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٤١ - الأستاذ جميل الشرتاوى ص ٤٢ - ٤٣ - وقارب الأستاذ عبد المنعم البدرائى فقرة ٨٠ - فقرة ٨١ - وقارن الأستاذ محمد حلمى موسى فقرة ١٠٦٥ - الأستاذين أحمد نجيب الملل وسامد زكى هامش ص ٧٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١١٤ - فقرة ١١٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٧٨ - فقرة ٧٩ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٩ .

(١) فتكون خصوصية الغلط هنا من ناحيتين : أولاً - أنه غلط خاص بوفاء العين المبيعة . بالغرض المقصود منها . ثانياً - أنه غلط يفترضه القانون ويعنى المشتري من إثباته ، فيصدق المشتري بقوله دون بين .

(٢) ونشير هنا فى إيجاز إلى أثر تعليق البيع على الشرط فى نقل الملكية . فإذا كان الشرط واقفاً ، فإن الملكية الباتة لا تنتقل إلى المشتري بل تنتقل إليه ملكية معلقة على شرط واقف ، وتبقى عند البائع ملكية معلقة على نفس الشرط ولكنه شرط فاسخ . وترتب على ذلك النتائج الآتية : (١) يمكن تسجيل البيع فى المقار قبل تحقق الشرط الواقف ، بل إن التسجيل يبدو ضرورياً فى حق الغير ، فإن المشتري إذا سجل البيع وتحقق الشرط استطاع أن يمتنع بالبيع على أى شخص يكون قد كسب حقاً مالياً على المبيع بعد التسجيل وقبل تحقق الشرط . (ب) ويجب ==

== في هذه الحالة دفع رسوم التسجيل ، فإذا لم يتحقق الشرط وزال البيع بأثر رجعي ، ردت هذه الرسوم إلى المشتري . وإذا لم يسجل المشتري البيع إلا بعد تحقق الشرط ، فإن رسوم التسجيل الواجبة في هذه الحالة هي الرسوم التي كانت نافذة وقت البيع ، لأن الملكية انتقلت إلى المشتري بأثر رجعي يستند إلى هذا الوقت ، لا الرسوم التي تكون نافذة وقت التسجيل بفرس أن هناك تعديلات أجري في رسوم التسجيل فزاد فيها أو نقص منها . ( ج ) يثبت البائع في ذمة المشتري أثناء تعليق الشرط حق في الثمن ، وهو حق معلق على شرط واقف ، يجوز للبائع النزول عنه للغير غاصماً لهذا الشرط . ( د ) ولكن تيمة هلاك المبيع قبل تحقق الشرط تكون على البائع ، تحقق الشرط بعد ذلك أو تخلف ، إذ لا يكون الشرط في هذه الحالة أثر رجعي ( م ٢٧٠/٢ مدني ) -  
ر ما إذا كان الشرط فاسخاً ، فالذي ينتقل إلى المشتري هو ملكية معلقة على شرط فاسخ ، وتبقى عند البائع ملكية معلقة على نفس الشرط ولكنه شرط واقف . ويترتب على ذلك النتائج الآتية :  
( ١ ) يجب على المشتري تسجيل البيع في الفار حتى تنتقل إليه الملكية المعلقة على شرط فاسخ حتى فيما بينه وبين البائع . ( ب ) رسوم التسجيل واجبة الدفع هي الرسوم النافذة وقت حصول التسجيل وإذا تحقق الشرط الفاسخ فزال البيع بأثر رجعي ، لم ترد رسوم التسجيل إلى المشتري ، وهذا خلاف ما يقتضيه الأثر الرجعي لتحقيق الشرط الفاسخ . ولكن البائع لا يدفع رسوماً جديدة عندما يترد الملكية بسبب تحقق الشرط الفاسخ ، ويقتصر على التأثير على هامش التسجيل السابق بتحقيق الشرط . وإذا لم يسجل المشتري البيع ثم أصبح غاصماً أن الشرط الفاسخ قد تخلف ، فأصبحت ملكية المشتري ملكية باقية ، وسجل المشتري البيع عند ذلك ، فإنه يعتبر مالكاً من وقت البيع لا من وقت تحقق الشرط ، فيدفع رسوم التسجيل التي كانت نافذة وقت البيع لا تلك التي تكون نافذة وقت التسجيل . ( ج ) يثبت البائع في ذمة المشتري أثناء تعليق الشرط حق في الثمن ، وهو حق معلق على شرط فاسخ ، يجوز للبائع النزول عنه غاصماً لهذا الشرط . ( د ) تيمة هلاك المبيع بعد تسليمه ، إذا هلك المبيع أثناء تعليق الشرط ، تكون على المشتري ولو تحقق الشرط الفاسخ ، إذ لا يكون لتحقيقه أثر رجعي ( م ٢٧٠/٢ مدني ) .

انظر في تعليق البيع على شرط واقف استئناف مخطوط ٢ مارس سنة ١٩١١ م ٢٢ ص ٣٠٨ وفي خيار الشرط البائع ( pactum additionis in diem ) وخيار الشرط لكل من المتبايعين ( pactum displicentiae ) ، فإذا لم يبدل من له الخيار من البيع في الميعاد الملتصق عليه أصبح البيع بائناً : استئناف مخطوط ٥ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥١ - أوبري ورد ه - فقرة ٢٥٢ ص ٤٤ ) .

( ٣ ) اقتران البيع بالأجل لا شأن له بالالتزام بنقل الملكية ، إذ الملكية لا تقترن بأجل . والذي يلزج في البيع عادة هو تسليم المبيع إلى المشتري ودفع الثمن إلى البائع . وقد يشترط دفع الثمن على أقساط سنوية يشتمل كل قسط منها على الجزء المستحق من الثمن سنوياً وأرباح هذا الجزء مع أرباح المبالغ الباقية من الثمن ، فيعتبر كل قسط جزءاً من الثمن فلا يسقط بمس ستوات بل بمس عشرة سنة ولو أنه يشمل في جزء منه الفوائد المستحقة ( الأستاذان أحمد نجيب الهلال وسامد زك فقرة ٥٢٩ ) .

( ٤ ) يقع البيع على أشياء متعددة ، يكون خيار التمين فيها إما للمشتري وإما للبائع

بدلى (١)، وكذلك في البيع بالعربون (٢)، هي التي تنطبق، فلانعود إليها هنا (٣).  
 وإنما نقف عند بعض بيوع موصوفة كثيرة الوقوع في العمل. فنبتط  
 ما يميزها من خصائص، ونختار البيوع الآتية: (١) البيع بشرط التجربة  
 (vente à la dégustation) (٢) البيع بشرط المذاق (vente à l'essai)  
 (٣) بيع الوفاء (vente à réméré) (٤) البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ  
 بالملكية حتى استيفاء الثمن (vente à tempérament) أو الإيجار السائر للبيع  
 (location-vente) (٥) البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير (vente avec  
 faculté d'élire commande)

### ١٥. البيع بشرط التجربة

(Vente à l'essai)

## ٦٧ - النصوص القانونية: تنص المادة ٤٢١ من القانون المدني

على ما يأتي:

١- في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه،

- 
- (١) فيقع البيع على شيء معين، ولكن يجوز للبائع أن يستبدل به شيئاً آخر قريباً منه.  
 (٢) أنظر في البيع بالعربون آنفاً فقرة ٤٤ - فقرة ٤٦.  
 (٣) وتوجد بيوع موصوفة تقع كثيراً في التأمل التجاري، منها: (١) البيع بالعلبارة  
 (vente par filière)، وهو بيع ينتهي إلى دفع الفروق (استئناف غنطط ٥ مايو سنة ١٩٢٠ م  
 ٣٢ ص ٣٠٦). (ب) بيع المحصول في سفينة معينة (vente sur navire désigné)،  
 وتعين فيه السفينة التي تحمل المبيع، فإذا لم يأت في السفينة المعنية كان لابد من إمداد البائع بإمكان  
 قسح المبيع (استئناف غنطط ٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٩٦)، وأنظر أيضاً في هذا  
 الضرب من البيع: استئناف غنطط ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣١٢ - ١٠ مايو  
 سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٩١ - ٢٣ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٠ - ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م  
 ٣٨ ص ٤٠٢ - ٣ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٣ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧  
 ص ١٥٤ - (ج) البيع بشرط سلامة الوصول (vente à l'heureuse arrivée du navire)،  
 (أنظر بودري وسياس ١٩٣ - ص ١٩٤) - (د) البيع بشحن شامل لمصروفات النقل  
 والتأمين (la clause coût, fret, assurance compris - Caf., Cif.)، وسنعود إليه  
 فيما يل (أنظر فقرة ٢٤٨).

وعلى البائع أن يمكنه من التجربة . فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها ، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع ، فإن انقضت هذه وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا .

٢ - ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع ، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ (١) .  
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٠٨/٢٤٢ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٨٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤١٠ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٢٤ - وفي تقنين الموجبات والمقود البناني المادة ٣٧٤ بند ٣ والمادة ٣٩١ (٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٦١ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وفي لجنة المراجعة أدخل على النص تعديل للنظر طفيف أصبح بعده مطابقاً ، وأصبحت المادة رقمها ١٣٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢١ ( مجموعة الأعمال التصديرية : ص ٢٥ - ص ٢٧ ) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٠٨/٢٤٢ : البيع على شرط التجربة يعتبر موقوفاً على تمام الشرط .

( ولا فرق في الأحكام بين التقنينين السابق والجديد ، إلا أن نص التقنين السابق جاء مقتضياً وانحصر على تقرير أن البيع بشرط التجربة يعتبر معلقاً على شرط واقف . أما التقنين الجديد فاعتبر أن هذا هو الأصل ، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ . ثم يبين التقنين الجديد كيف تتم التجربة ، والمدة التي تتم فيها ، وما هو حكم سكوت المشتري من القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع ، وهذه كلها مسائل لا تخلو من أهمية عملية : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التصديرية : ص ٢٥ - ٢٦ ) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٩ ( مطابقة لمادة ٤٢١ من التقنين المدني المصري — وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٥٦ — فقرة ٦٢ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤١٠ ( مطابقة لمادة ٤٢١ من التقنين المدني المصري ) .

( الوسيط - ص ٩ )

بدل (١)، وكذلك في البيع بالعربون (٢)، هي التي تنطبق، فلانعود إليها هنا (٣).  
 وإنما نقف عند بعض بيوع موصوفة كثيرة الوقوع في العمل. فنبتسط  
 ما يعزها من خصائص، ونختار البيوع الآتية: (١) البيع بشرط التجربة  
 (vente à la dégustation) (٢) البيع بشرط المذاق (vente à l'essai)  
 (٣) بيع الوفاء (vente à réméré) (٤) للبيع بالتسيط مع الاحتفاظ  
 بالملكية حتى استيفاء الثمن (vente à tempérament) أو الإيجار السائر للبيع  
 (location-vente) (٥) البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير (vente avec  
 faculté d'élire commande)

## ١٥. البيع بشرط التجربة

(Vente à l'essai)

## ٦٧ - النصوص القانونية: تنص المادة ٤٢١ من التقنين المدني

على ما يأتي:

١ - في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل للمبيع أو يرفضه،

- 
- (١) فيقع البيع على شيء معين، ولكن يجوز البائع أن يستبدل به شيئاً آخر قريباً منه.  
 (٢) أنظر في البيع بالعربون آتياً فقرة ٤٤ - فقرة ٤٦.  
 (٣) وتوجد بيوع موصوفة تقع كثيراً في التبادل التجاري، منها: (١) البيع بالقبليارة  
 (vente par filière)، وهو بيع ينتهي إلى دفع اتفروق (استئناف مخطوط مايو سنة ١٩٢٠ م  
 ٣٢ ص ٣٠٦). (ب) بيع المحمول في سفينة معينة (vente sur navire désigné)،  
 وتعين فيه السفينة التي تحمل المبيع، فإذا لم يأت في السفينة المينة كان لابد من إمداد البائع بإمكان  
 فسخ البيع (استئناف مخطوط ٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٩٦)، وأنظر أيضاً في هذا  
 الضرب من البيع: استئناف مخطوط ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣١٢ - ١٠ مايو  
 سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٣٩١ - ٢٣ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٠ - ١٢ مايو سنة ١٩٢٦  
 م ٢٨ ص ٤٠٢ - ٣ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٣ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧  
 ص ١٥٤ - (ج) البيع بشرط سلامة الوصول (la clause coût, frêt, assurance compris - Caf., Cif.)  
 (أنظر بودري وسيبيا ص ١٩٣ - ص ١٩٤) - (د) البيع بشئ شامل لمصرفات النقل  
 والتأمين (la clause coût, frêt, assurance compris - Caf., Cif.) وسنعود إليه  
 فيما يل (أنظر فقرة ٢٤٨).

العرف في أشياء معينة أن يكون شراؤها معلقاً على شرط التجربة ، ففهم الشرط ضمناً عن طريق العرف .

ورى من ذلك أن البيع بشرط التجربة يقع عادة على الأشياء التي لا يمكن الاستيثاق منها إلا بعد استعمالها ، كالملابس والآلات الميكانيكية والآلات المكتوبة والتركيبات الكيماوية والأصمدة والسيارات والآلات الفوتوغرافية والصور والتابلوهات والراديوهات والآلات المنزلى وكلاب الصيد وخيل السباق ونحو ذلك . وكل هذه الأشياء منقول ، ولكن لا يوجد مانع من أن يقع بيع التجربة على عقار فيشترط المشتري لمنزل يريد سكناه أن يكون البيع بشرط التجربة .

٦٩ - كيف تكون التجربة والوقت الذي تقوم فيه : إذا كان البيع بشرط التجربة ، وجب أن يمكن البائع المشتري من تجربة المبيع ، ويكون ذلك عادة بتسليمه إياه لاستعماله بنفسه (١) . وليس من الضروري أن تكون التجربة بحضور من البائع ، فيجوز أن يجرب المشتري المبيع للاستيثاق من صلاحيته بعيداً عن البائع .

والتجربة يقصد بها أحد أمرين :

١ - إما لتبين أن المبيع صالح للغرض المقصود منه ، كأن يكون آلة ميكانيكية لمحرك أو للدراسة ، فيجربها المشتري ومضى تبين أنها تصلح للمحرك أو للدراسة فلا يستطيع أن يتحكم وينتقض البيع بدعوى أن المبيع غير صالح . فالصلاحية هنا معيارها وفاء المبيع بالأغراض المقصودة منه ، ففى وجد المبيع صالحاً للوفاء بهذه الأغراض فلا يملك المشتري أن يرفضه ، وإذا وقع خلاف

---

(١) وللمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع لتجربته ، حتى لو حجز عليه دائن البائع ، وحتى لو أنقضى البائع بعد البيع وقبل التسليم . ولو كان بيع التجربة معلقاً على شرط واقف ، فإنه يتحقق الشرط ورضاء المشتري بالمبيع بعد تجربته يعتبر مالكا إياه من وقت البيع أى من وقت سابق على المحجز والإفلاس ، ومن باب أول لو كان بيع التجربة معلقاً على شرط فاسخ ( بلانويو وديير وهامل ١٠ فقرة ٢١١ ص ٢٤٩ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٣٧ ) .

حسمه الخبراء . وهنا يقترب معنى صلاحية المبيع من معنى غلوه من العيوب الخفية إذ المبيع غير الصالح يكون منطقياً عادة على عيب خفي يجعله غير صالح .  
٢ - وإنما للإستيثاق من أن المبيع يستجيب لحاجة المشتري الشخصية ، فإذا اشترى ملابس أو فرساً أو منزلاً للسكنى بشرط التجربة ، فالعبرة ليست بصلاحية المبيع في ذاته بل بملاءمته للمشتري . فقد تكون الملابس أو الفرس أو المنزل صالحة في ذاتها ، ولكن المشتري لم ترقه الملابس أو لم يجد في الفرس صفات خاصة كان يطلبها أو لم يرتح للسكنى في المنزل ، فله عند ذلك أن يرفض المبيع ، والقول في ذلك قوله هو لا قول الخبراء . وقد عرضت المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لهذا الأمر الثانى إذ تقول : « ولم يقتصر المشروع على إدخال هذا التعديل ، بل بين كيف تتم التجربة ، فقرر إلزام البائع بتسليم المشتري من تجربة المبيع ، وللمشتري حرية القبول أو الرفض ، فهو وحده الذى يتحكم في نتيجة التجربة . وقد جارى المشروع في ذلك التقنين الألمانى (م ٤٩٥) والتقنين النمساوى (م ١٠٨٠ معدلة ) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ٢٢٣) والتقنين البولونى (م ٣٣٩) ، فان المفروض أن يكون المبيع من الأشياء التى يتطلب فيها أن تناسب المشتري مناسبة شخصية ، فهو وحده الذى يستطيع أن يقرر ذلك (١) . » . وغنى عن البيان أن ما ورد في المذكرة الإيضاحية إنما يفرض الأمر الثانى ويعتبره هو المتفق عليه بين المتبايعين ، ولكن ذلك لا يمنع من أن يتفقا على أن المقصود بالتجربة هو الأمر الأول ، أى أن يكون الشيء صالحاً في ذاته للأغراض المقصودة منه ، ومتى وقع خلاف بين الطرفين في ذلك حسم اختلاف أهل الخبرة (٢) . فالعبرة إذن باتفاق المتبايعين ، فان قصدا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦

(٢) أنظر في أن التجربة يقصد منها ذلك غالباً بودى وسيليا فقرة ١٦٥ - وأنظر لوران ٢٤ فقرة ١٤٨ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٣ . وأنظر في الفقه المصرى : الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٨ ص ٥٢ - ص ٥٣ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣١ ص ٥١ - الأستاذ عبد المنعم ليلى فقرة ١٢ ص ١٦٧ وعامش وتم ٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٤٩ ص ٨٥ - ص ٨٦ . الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٢٠ ( في الفقه العراقى ) وقارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢ ص ٥٧ - ص ٥٨ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٤ ص ١٥٥ - الأستاذ جيل الشرتاوى فقرة ٢٦ ص ٥٩ - الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٦٢ ( في الفقه السودانى ) . الأستاذ حسن الذنون فقرة ٨٢ ( في الفقه العراقى ) .



من التجربة صلاحية الشيء في ذاته كان لتجربة القول الحاسم ، وإن قصدنا منها مناسبة الشيء لحاجة المشتري الشخصية كان قول المشتري هو القول الأخير . وإذا وقع شك في قصدهما ، فالمفروض - نظراً لعبارة التصرف ولما جاء في المذكرة الإيضاحية - أن المقصود هنا مناسبة المبيع لحاجة المشتري ، فيكون للمشتري القول الحاسم في صلاحية المبيع .

والتجربة - سواء كان القصد منها تبين الصلاحية في ذاتها أو المناسبة لحاجة المشتري الشخصية - يجرى بها المشتري بنفسه في العادة ، لا سيما إذا كان القصد منها الاستئناس من مناسبة المبيع لحاجته . ولكن قد يستعين فيها برأي صديق أو رأي خبير ، كما في الصور والتأملات والآلات الميكانيكية (١) .

وكثيراً ما يحدد المتبايعان وقتاً معيناً يعلن فيه المشتري نتيجة التجربة (٢) . فإذا لم يحددا وقتاً لذلك ، جاز للبائع أن يقوم هو بتحديد مدة معقولة ، وللقضاء حق الرقابة عليه في ذلك (٣) .

فان قبل المشتري المبيع أو رفضه في خلال مدة التجربة ، اعتبر البيع من وقت إعلان القبول أو الرفض بيعاً تاماً أو كأنه لم يكن تبعاً للقبول أو الرفض (٤) .

---

(١) وإذا مات المشتري قبل التجربة ، انتقل حقه إلى ورثته ( تيسيه فقرة ١٧١ - تولون ١ فقرة ١١٢ - جيوار ١ فقرة ٤٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٤ ص ١٥٧ ) .

(٢) فإذا لم يتمكن المشتري من تجربة المبيع في المدة المحددة لسبب أجبن لا يده فيه ، فالظاهر أن يكون البائع بالخيار ، إما أن يهل المشتري مدة أخرى لتجربة المبيع : وإما أن يسلخ البيع فيتحلل من التزاماته . وللمشتري أن يمتنع البائع من الفسخ إذا هو قبل المبيع بالرغم من عدم تمكنه من تجربته ( أنظر في هذا المعنى في القانون السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩٠ ص ٩٢ ) .

(٣) وإذا سكت المشتري وقتاً طويلاً دون أن يعلن نتيجة التجربة ، فالمفروض أن يقام ساكناً هذه المدة الطويلة ينقض قبول المبيع ( استئناف مخطط ٧ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٠٤ - ٢ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٢٩ ) .

(٤) وقد يتفق المتبايعان حل أنه في حالة رفض المشتري الشيء بعد تجربته يجب عليه شراء شيء آخر من نفس البائع ، فإن أمكن تخريج هذا الاتفاق حل أنه وعد بالشراء من جانب المشتري - بأن ذكر زمن الشيء الآخر حل وجه التحديد أو قبل مثلا إن زمن الشيء الآخر يحل زمن الشيء =

أما إذا انقضت المدة ، وسكت المشتري عن القبول أو الرضا مع تمكنه من تجربة المبيع (١) ، فإن سكوته يعد قبولاً . ذلك أن التجربة شرط علق عليه البيع ، وقد جملة المشتري بامتناعه عن التجربة أو بامتناعه عن إعلان نيتها مستجيلاً ، فيعتبر الشرط إذا كان واقعاً أنه تحقق ، وإذا كان فاسخاً أنه تخلف ، طبقاً للقواعد المقررة في الشرط (٢) .

٧٠ - التجربة شرط واقف : بقى أن نبين هل شرط التجربة الذي علق عليه البيع شرط واقف أو هو شرط فاسخ . تجيب الفقرة الثانية من المادة ٤٢١ مدني ، كما رأينا ، بأن البيع بشرط التجربة يعتبر « معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع ، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ » . فالأصل إذن أن يكون شرط التجربة شرطاً واقعاً ، وإذا لم يبين المتعاقدان صراحة أو ضمناً أنهما أرادا شرطاً فاسخاً ، أو كان هناك شك فيما قصدنا إليه ، كان المفروض أنهما أرادا أن تكون التجربة شرطاً واقعاً .

ويكون المشتري بشرط التجربة في هذه الحالة مالِكاً تحت شرط واقف (٣) ، ويبقى البائع مالِكاً للمبيع تحت نفس الشرط ولكنه يكون شرطاً فاسخاً بالنسبة إليه . والشرط الذي يعتبر واقعاً بالنسبة إلى المشتري وفاسخاً بالنسبة إلى البائع هو قبول المشتري المبيع بعد تجربته ، بإعلانه هذا القبول إلى البائع في الميعاد المنقضي عليه

---

= المرفوض - التزم المشتري بالشراء أما إذا لم يذكر الثمن ، لم يتم الوعد بالشراء ، ولم يلتزم المشتري منه رفضه المبيع أن يشتري شيئاً آخر مكانه ( بلانيول وريبير وهامل ١٥ فقرة ٢١٢ ص ٢٥٠ ) .

(١) وقد بينا الحكم فيما إذا لم يتمكن المشتري من التجربة لسبب أجنبي لا يد له فيه ( أنظر نفس الفقرة في المالح ) .

(٢) جيوار ٢ فقرة ٤٥ - بودي وسينا فقرة ١٦٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٥ فقرة ٢١٢ - وقارن أوبري ورو ٥ فقرة ٢٤٩ ص ١٣ - وانظر مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٢٦ .

(٣) ومع ذلك فقد نفتت محكمة النقض ( الدائرة الجنائية ) بأن بقاء الشيء تحت يد المشتري على شرط التجربة يعتبر على سبيل الردية ، فإذا تصرف فيه بعد غائتاً للأمانة ، وذلك لأن ثبت لها أن الطرفين قد اتفقا على بقاء الملكية للبائع حتى يجرب المشتري المبيع ( نقض جبال ٢٥ نواير سنة ١٩٤٠ الحاماة ٢١ رقم ٢٤٧ ص ٥٤٩ ) .

أو الميعاد المعقول الذى حدده البائع على التفصيل الذى قدمناه . فالشرط يتحقق بقبول المبيع (١) ومتى تحقق الشرط أصبحت ملكية المشتري للمبيع ملكية بانه بأثر رجعى ، فاستندت إلى وقت البيع لا إلى وقت القبول فحسب . وزالت ملكية البائع بأثر رجعى أيضاً ، فاستندت زوالها إلى وقت البيع . ومن ثم تزول كل الحقوق العينية التى ترتبت على المبيع من جهة البائع فى خلال مدة التجربة ، وتبقى تلك التى ترتبت من جهة المشتري . ويتخلف الشرط برفض المشتري للمبيع ، وإعلانه هذا الرفض للبائع فى الميعاد . ومتى تخلف الشرط ، زال البيع بأثر رجعى واعتبر كأن لم يكن . وزالت مع البيع بأثر رجعى ملكية المشتري التى كانت معلقة على شرط واقف ، وأصبحت ملكية البائع التى كانت معلقة على شرط فاسخ ملكية بانه منذ البداية . وتبقى الحقوق العينية التى ترتبت على المبيع من جهة البائع فى خلال مدة التجربة ، وتزول تلك التى ترتبت من جهة المشتري . أما إذا سكنت المشتري عن إعلان القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع ، فقد رأينا أنه بسكوته هذا جعل تحقق الشرط مستحيلاً ، فيعتبر الشرط قد تحقق وأن المشتري قبل المبيع ، وتجري الأحكام التى قدمناها فى حالة تحقق الشرط . ونقول الفقرة الأولى من المادة ٤٢١ مدنى فى هذا المعنى ، كما رأينا ، أنه « إذا انقضت المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع ، اعتبر سكوته قبولا » .

وإذا اعتبرنا التجربة شرطاً واقفاً ، كما هو الأصل ، وملك المبيع بسبب أجنبي وهو لا يزال تحت التجربة وقبل تبين مصير الشرط ، هلك على البائع . ذلك لأن البائع هو المالك للمبيع تحت شرط فاسخ ، ولأن الشرط إذا تحقق ويتعذر أن يتحقق فى هذه الحالة فإن المشتري لن يقبل المبيع بعد أن هلك - لم

---

(١) ولا يقال إنه شرط إرادى يتوقف على إرادة المشتري ، إذ المشتري ، هو المالك بنقل الملكية ويجوز أن يكون الشرط متوقفاً على إرادة البائع ، أما الشرط الإرادى المحض الذى يظل العقد فهو الذى يتوقف على إرادة المدين . أما التزام المشتري بطلب المبيع ، فإنه إذا أُلغى بآراءه المحضة أُلغى فى مقابل ذلك حقه فى انتقال الملكية إليه . هذا إلى أنه لو كان المقصود من التجربة تبين صلاحية الشيء فى ذاته ، لم يكن الأمر موكولاً إلى محض إرادة المشتري ، بل القول الحاسم عند النزاع الخبراء ( انظر الأستاذ محمد كامل موسى فقرة ٨٤ ص ١٥٧ ) .

يمكن لتحقيقه أثر رجعي ، فيبقى المالك وقت هلاك المبيع هو البائع لا المشتري ،  
فيملك على البائع (١) .

٧١ - التهمة شرط فاسخ : على أنه يجوز المتبايعين أن يتفقا على أن  
تكون التجربة شرطاً فاسخاً . ويكون الاتفاق على ذلك صريحاً ، أو ضمناً  
يستخلص من الظروف وملابسات التعاقد . فعند ذلك ينقل البيع منذ البداية ،  
ويصبح المشتري مالكا للمبيع ملكية معلقة على شرط فاسخ ، بينما يصبح البائع  
مالكا له ملكية معلقة على شرط واقف . والشرط هنا يصبح عدم قبول  
المشتري للمبيع وإعلان البائع بهذا الرفض ، فهذا هو الشرط الفاسخ بالنسبة  
إلى المشتري ، وهو في الوقت ذاته شرط واقف بالنسبة إلى البائع . فإذا تحقق  
الشرط ، بأن أعلن المشتري اليافع رفضه للمبيع ، انفسخ البيع بأثر رجعي ،  
واعتبر المشتري كأنه لم يملك المبيع والبائع كأنه هو المالك منذ البداية ، وزول  
الحقوق التي ترتبت من جهة المشتري على المبيع وتبقى تلك التي ترتبت من جهة  
البائع . أما إذا تخلف الشرط - أو صار في حكم المتخلف بأن سكنت المشتري

(١) ولا يخفى من صحة هذا الحكم أن المشتري قد تسلم المبيع لتجربته وأن هلاك المبيع يكون  
على المشتري بعد التسليم ، فإن ذلك إنما يكون في البيع المتجزئ ، أما والبيع معلق على شرط واقف  
فالهلاك يكون على البائع ( الوسيط جزء ٣ ص ٧٢ هامش رقم ١ - الأستاذ هيد المحي حجازي ١ -  
ص ١٨٠ - وقارن الأستاذ مصطفى الزرقا في عقد البيع في القانون المدني السوري ص ٩٠ -  
ص ٩٢ ) .

أما في القانون المدني العراقي ، حيث يجب التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان ، فإن يد المشتري  
في بيع التجربة هي يد ضمان ، فيكون الهلاك عليه ولو كانت التجربة شرطاً واقفاً وهلك المبيع  
قبل أن يتحقق الشرط ( انظر في هذا المعنى الأستاذ عباس حسن السراف بقرة ٢٢٤ ) . ويؤيد  
ذلك أن هلاك المقتبض على سوم الشراء في القانون العراقي يكون على القابض ، وليس المشتري  
بشرط التجربة بأدنى حالا في أن تكون ثمة الهلاك عليه من القابض على سوم الشراء ، بل إن  
المشتري بشرط التجربة ، وقد انعقد البيع وانتقلت الملكية معلقة على شرط واقف ، أول  
بتحصل ثمة الهلاك من القابض على سوم الشراء ولم ينتقل له بيع ولم تنتقل إليه ملكية . وقد ورد  
نص صريح في التفتين المدني العراقي يحل ثمة الهلاك على القابض على سوم الشراء ، إذ تنص  
الفقرة الأولى من المادة ٤٨٠ من هذا التفتين على أن « ما يقبض على سوم الشراء مع تسمة بمن  
إذا هلك أو ضاع في يد القابض ، لزمه الضمان . أما إذا لم يسم له بمن ، كان أمانة في يده ،  
فلا يضمن إذا هلك أو ضاع دون تعد أو تقصير منه » .

من القبول أو الرفض - فإن البيع يصبح بائناً ، ويعتبر المشتري مالِكاً للمبيع ملكية بائنة منذ البداية ؛ وتزول ملكية البائع بأثر رجعي . وتبقى الحقوق التي ترتبت من جهة المشتري على المبيع ، بينما تزول الحقوق التي ترتبت من جهة البائع (١) .

وإذا هلك الشيء بسبب أجنبي ، هلك على المشتري لا على البائع ، لأنه وقت أن هلك كان ملك المشتري ، وذلك حتى لو تحقق الشرط فليس لتحققه أثر رجعي (م ٢/٢٧٠ مدني) .

## ٢٥ - البيع بشرط المذاق

(vente à la dégustation — vente ad gustum)

٧٢ - **الظهور القانوني** : تنص المادة ٤٢٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا بيع الشيء بشرط المذاق ، كان للمشتري أن يقبل المبيع إن شاء ، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعيها الاتفاق أو العرف ،

---

(١) وإذا كانت التجربة شرطاً فاسخاً ، فإن البيع بشرط التجربة يكون قريباً من صورة البيع مع ضمان البائع صلاحية المبيع لمدة معلومة . وقد نصت المادة ٤٥٥ مدني في صدد هذه الصورة الأخيرة على ما يأتي : « إذا ضمن البائع صلاحية المبيع لفعل مدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع ، فمل المشتري أن ينظر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره ، وأن يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الإخلال ، وإلا سقط حقه في الضمان - كل هذا ما لم يثبت على غيره » . فتن هذه الصورة الأخيرة تقتصر تجربة المبيع على التثبت من صلاحية الفعل لمدة معينة ، فإذا ظهر المبيع غير صالح لفعل - والمك في ذلك الغبراء - كان على المشتري أن ينظر البائع بما في المبيع من خلل في مدة شهر من ظهور الخلل وأن يرفع دعوى ضمان في مدة ستة شهور من هذا الإخلال . فيختلف هذا البيع إذن عن بيع التجربة ، إذ هو لا ينطوي على شرط فاسخ إذا تحقق انفسخ البيع من تلقاء نفسه ، بل لابد من فسخ البيع بالتفاسي أو بالتراضي . وسنعود إلى هذا البيع عند الكلام في ضمان العيوب الخفية ( انظر ما يلي فقرة ٢٨٥ ) .

ولا يتغند البيع إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا الإعلان ، (١) .  
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به  
دون نص (٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني  
السوري المادة ٣٩٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤١١ - وفي التقنين المدني  
العراقي المادة ٥٢٥ - ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٧٤  
بند ٤ والمادة ٣٩٢ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٦٢ من المشروع التمهيلي عل وجه يقارب  
ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وفي لجنة المراجعة عدل تمديلاً لفظياً فأصبح مطابقاً  
لتقنين الجديد ، وأصبحت المادة رقمها ٤٣٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ،  
فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٢ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧ - ص ٢٩ ) .  
(٢) اختلف الفقه المصري ، في عهد التقنين السابق ، في بيع المذاق لانعدام النص . فذهب  
فريق إلى أن المشتري حق المذاق في كل الأشياء التي اعتاد الناس مذاقها قبل شرائها ، وفقاً لعرف  
وتطبيق المادة ٣١١/٢٤٥ مدني سابق ( جرائد لوائح ١٩٥٠ ) . وذهب فريق ثان إلى أن  
بيع المذاق اندمج حكمه في أحكام السلم بالمبيع ، لأن السلم بالمبيع علماً كافياً قد لا يتحقق إلا بالمذاق  
( الأستاذ محمد حلمي عيسى فقرة ١٠٦٧ ) . وذهب فريق ثالث إلى أن بيع المذاق اندمج في بيع  
التجربة المنصوص عليه في التقنين السابق ( الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٥٢٧ ) .  
والرأيان الأخيران لا يمكن الأخذ بهما ، لأن عدم السلم بالمبيع لا يمنع من انعقاد البيع أما شرط  
المذاق فيحول دون انعقاده ، ولأن بيع التجربة يشترط معلقاً عل شرط وبيع المذاق لا يشترط قبل  
المذاق . والرأي الأول هو الرأي الذي اختاره التقنين المدني الجديد ، وقتنه في المادة ٤٢٢ سالفة  
الذكر ، فتعتبر هذه المادة مفسرة لأحكام التقنين المدني السابق ويسرى حكمها حتى عل المقرد التي  
أبرمت قبل نفاذ التقنين المدني الجديد ( انظر في هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣ - ٦١ -  
ص ٦٢ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٩ ص ٥٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٥١  
ص ٨٨ ) .

#### (٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٩٠ ( مطابقة المادة ٤٢٢ من التقنين المدني المصري - انظر  
في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٦٣ - فقرة ٦٥ ) .  
التقنين المدني الليبي م ٤١١ ( مطابقة لمادة ٤٢٢ من التقنين المدني المصري ) .  
التقنين المدني العراقي م ٥٢٥ ( مطابقة لمادة ٤٢٢ من التقنين المدني المصري ) .  
( أنظر في القانون العراقي الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٢٥ - فقرة ٢٢٧ - والأستاذ  
حسن النور فقرة ٨٩ - فقرة ٩٤ ويرى أن خيار الرؤية كان يتم من بيع المذاق ) .

٧٣ - كيف يعالج البيع على شرط المزاد : يكون ذلك عادة بأن يشترط المشتري على البائع ألا يتم البيع إلا إذا ذاق المشتري المبيع وقبله . وهذا الشرط قد يكون صريحاً ، وقد يكون ضمناً يستخلص من الظروف والملاسات . ومن أهم الظروف التي يستخلص منها هذا الشرط طبيعة المبيع ، فن المبيعات مالا يدرك كنهه إدراكاً تاماً إلا بمذاقه ، وذلك كالزيت والزيتون والخل وبعض أنواع الفاكهة والتبذ ونحو ذلك من المأكولات والمشروبات التي تختلف فيها أذواق الناس . فالمفروض أنه إذا بيع شيء من ذلك ولم تدل الظروف على أن المتبايعين أرادوا استبعاد شرط المذاق ، فقد قصد المتبايعان أن يكون البيع بشرط المذاق ، فلا يتم إلا بعد المذاق وقبول المشتري للمبيع .

على أنه قد يتفق المتبايعان على استبعاد شرط المذاق حتى في المأكولات التي تقدمت الإشارة إليها ، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمناً من الظروف والملاسات . فإذا كان المشتري تاجراً يتجر في مثل هذه الأشياء ، واشترط على البائع بالجملة أن يبيعه منها كميات معينة ، على أن تكون من صنف جيد أو من صنف متوسط أو من الصنف التجاري المألوف ، وعلى أن ترسل إلى مكان المشتري وهو بعيد عن مكان البائع ، فهذه الظروف كلها يمكن أن يستخلص منها أن البيع بات وقد نزل المشتري عن شرط المذاق ، فهو تاجر يبيع لعملائه وليس لذوقه الشخصي دخل في الصفقة ، وقد اشترط الصنف الذي يريد وهذا أمر يترك لتقدير الخبراء عند النزاع ، وإرسال البضاعة إلى مكان بعيد يفهم منه أن الصفقة قد تمت وإلا لما خاطر البائع بإرسالها إلى هذا المكان البعيد قبل أن تتم . وكذلك إذا تم البيع على موجب عينة ، فالمفروض أن المشتري قد ذاق العينة وأقرها ، وأن المبيع الذي يحضر وفق العينة يكون البيع باتاً فيه وأن اختلافه عن العينة يكون محل تقدير الخبراء (١) .

== تقنين المراجعات والتقود البتاني م ٣٧٤ ب ٤ : يكون البيع : (١) ٤.٠٠٠) وما مل شرط المذاق .

م ٣٩٢ : إن البيع على شرط المذاق لا يمد تامة بإدراك المشتري لم يقبل المبيع - ( وأحكام التقنين البتاني متفقة مع أحكام التقنين المصري ) .

(١) لوبري ورد ٥ : ققرة ٣٤٩ ص ١٢ - بوردو وسونيا ققرة ١٦٠ - السخاذاق أحمد نجيب الحلال وحامد زكي ققرة ٥٢٦ .

## ٧٤ - كيف يتم المزايا - الزمان والمكان للزمان يتم فيها :

يتم المذاق في الزمان والمكان اللذين يتفق عليهما المتبايعان . فان لم يكن هناك اتفاق ، لا صريح ولا ضمني ، على الزمان والمكان ، اتبع عرف الجهة . فان لم يكن معروف ، فالمذاق يتقدم تسلم المشتري المبيع من البائع ، فيتم في المكان الذي يكون فيه التسليم ، ويسبق التسليم فوراً ، بحيث إذا تسلم المشتري المبيع اعتبر تسلمه إياه رضاه به وقبولاً له بعد مذاقه .

والذي يلدق المبيع هو المشتري شخصياً (١) ، وله الحرية الكاملة في قبول المبيع أو في رفضه حسب ذوقه (٢) . فالبيع بالمذاق يختلف عن البيع بشرط التجربة في أن التجربة قد تكون لتبين صلاحية الشيء في ذاته وقد تكون للاستيثاق من مناسبة الشيء لحاجة المشتري ، أما المذاق فيتمحض في الاستيثاق من مناسبة الشيء لذوق المشتري . وحتى لو كان المشتري تاجراً واشترط مذاق المبيع ، فالعبرة بذوقه الشخصي ، وهو الذي يقرر - لا الخبراء - أي صنف يلائم علامه (٣) . وغنى من البيان أن البائع يلتزم بأن يمكن المشتري من مذاق المبيع (٤) .

ولا بد من أن المشتري يعلن قبول المبيع بعد مذاقه وسكوته لا يكفي ، وهذا فرق آخر بين بيع المذاق وبيع التجربة (٥) . ولكن قبول المبيع قد يكون

- 
- (١) وقد يستأنس بلوق أجنبي وهذا نادر ( بلانول وريير وهامل ١٠ ققرة ٣٠٤ ) .  
(٢) وإذا رفض المشتري المبيع ، لم يستطع البائع إجباره على اختيار صنف ، كما لا يستطيع هو إجبار البائع على أن يسلمه صنفاً آخر يلائم ذوقه الشخصي . أما إذا كان المشتري قد زل عن شرط المذاق ، ورضى أن يكون الشيء من الصنف المألوف في التجارة أو من صنف معين ، فان البيع يكون قد تم ولا يكون مجرد وعد بالبيع ، فإذا لم يكن الشيء من الصنف المشترط استطاع المشتري إجبار البائع على تسليمه شيئاً من الصنف المشترط أو اشتراؤه على حسابه ( أوبري ورو ٥ ققرة ٣٤٩ ، هامش رقم ١٣ - بودي وسينيا ققرة ١٦٣ - الأستاذ أنور سلطان ققرة ٤٣ ص ٦١ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زك ققرة ٥٢٥ ص ٥٣١ ، هامش رقم ٥ ) .  
(٣) بودي وسينيا ققرة ١٥٩ - الأستاذ محمد كامل مرسى ققرة ٨٥ ص ١٦٠ - ١٦١ وقارن الأستاذ سليمان مرقس ققرة ٣٩ ص ٥٦ .  
(٤) أوبري ورو ٥ ققرة ٣٤٩ ص ١٣ .  
(٥) الأستاذ أنور سلطان ققرة ٤٣ ص ٦٠ - الأستاذ عبد المنعم اليدراري ققرة ١١٤ - الأستاذ منصور محلق منصور ققرة ٥١ ص ٨٩ .



صريحاً وقد يكون ضمناً . ويستخلص القبول ضمناً ، كما قلنا ، من تسليم المبيع ، أو من وضع المشتري ختمه أو علامة خاصة على المبيع ، فهذا وذلك دليل على أنه ارتضى المبيع بعد أن ذاقه (١) .

**٧٥ - التكييف القانوني للمبيع بالذوق :** والبيع بالذوق ليس بيعاً معلقاً على شرط فاسخ ، بل ولا على شرط واقف ، وفي هذا يختلف أيضاً عن بيع التجربة . ذلك أن البيع بالذوق ليس بيعاً أصلاً ، بل هو مجرد وعد بالبيع . وهذا الوعد صادر من المالك ، وقد قبل الطرف الآخر الوعد ولم يقبل بعد البيع ذاته (٢) . فإذا ذاق المبيع وارتضاه ، فقد قبل البيع . وينتقد البيع من وقت هذا القبول ، فليس للقبول أثر رجعي كما له هذا الأثر في بيع التجربة (٣) . ومن ثم رأينا المادة ٤٢٢ مدني تقول : « كان للمشتري أن يقبل البيع » . أما في البيع بالتجربة ، فنقول المادة ٤٢١ مدني : « يجوز للمشتري أن يقبل المبيع » . وهذا الفرق بين العبارتين نتيجة متفرعة عن الفرق بين العمليتين في طبيعتهما . فبيع التجربة بيع كامل وإن لم يكن باتاً ، ولذلك يقبل المشتري المبيع ، أما البيع فقد سبق له قبوله . وبيع المذاق ليس بيعاً كاملاً ، بل وعداً بالبيع ، ولذلك يقبل المشتري البيع ،

(١) بدوي وسنيا فقرة ١٩٠ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٥ ص ١٦١ .  
(٢) ولكنه قد ألزم أن يلقى الشيء ، وهو بعد ذلك حر في رفضه (بلايول وريير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٣ ص ٣٧٨ هامش رقم ٢) .

(٣) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد : « يختلف بيع المذاق عن البيع بشرط التجربة ، لا في أن المشتري حر في القبول أو في الرفض في مدة يحددها الاتفاق أو العرف فالاثنتان حكمهما واحد في ذلك ، ولكن في أن البيع لا يعتبر معلقاً على شرط واقف أو فاسخ ، بل هو لا يتم إلا من وقت إعلان المشتري القبول دون أثر رجعي - فبيع المذاق ، قبل قبول المشتري إنما هو وعد بالبيع من جانب واحد : أنظر في هذا المعنى التفتين الفرنسي ١٥٨٧ والتفتين الإيطالي م ١٤٥٢ والمشروع الفرنسي الإيطالي م ٣٢٦ والتفتين البناني م ٣٩٢ - حل أن هناك من التفتينات الأجنبية ما يعتبر بيع المذاق بيعاً معلقاً على شرط واقف : أنظر التفتين الأسباني م ١٤٥٣ والتفتين البرتغالي م ١٥٥١ والتفتين الهولندي م ١٤٩٩ والتفتين الأرجنتيني م ١٣٧٠ (مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٢٨) .

أما الفقه في فرنسا فيميل إلى القول بأن بيع المذاق مجرد إيجاب ملزم للبائع ولكن لو حط مل هذا القول أن المشتري ملزم . هو أيضاً بمذاق الشيء ( بلايول وريير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٣ ص ٣٧٨ - جوسران ٢ فقرة ١٠٦٤ ) .

ونرى من ذلك أن بيع المذاق إذا تم بيعاً بقبول المشتري للبيع - أى بقبوله  
اوعده وتحويله بيعاً بهذا القبول كما هو شأن الوعد بالبيع - فإن ملكية المبيع  
لا تنتقل إليه إلا من وقت هذا القبول . ويترتب على ذلك الأمور الآتية :

(١) إذا كان دائن البائع قد وقع حجزاً على المبيع قبل قبول المشتري للبيع ،  
كان الحجز صحيحاً إذ وقع على شيء مملوك للبائع ، وجاز الاحتجاج بالحجز  
على المشتري لو قبل البيع ، وهذا بخلاف بيع التجربة . (٢) إذا أفلس البائع  
قبل قبول المشتري للبيع ، ثم قبل المشتري البيع ، فإنه لا يستأثر بالمبيع دون  
سائر الدائنين ، أما في بيع التجربة فيعتبر مالكا من وقت البيع أى قبل الإفلاس  
فيستأثر بالمبيع . (٣) إذا هلك الشيء قبل مذاقه ، هلك على البائع (١) .

**٧٦ - الفروق بين بيع المزاد وبيع التجربة :** والآن نستطيع أن  
نلخص الفروق ما بين بيع المذاق وبيع التجربة (٢) فيما يأتي :

١ - المذاق ، بخلاف التجربة ، يراد به محض التثبت من ملاءمة الشيء  
للذوق المشتري ، ولا يمكنه أن يقصده به الاستيثاق من صلاحية الشيء في ذاته ،  
فلا يجوز في المذاق أن يترك الأمر لتقدير الخبراء .

٢ - المذاق يكون عادة قبل أن يتسلم المشتري المبيع ، أما التجربة فتكون  
عادة بعد التسليم .

٣ - لا يكفي سكوت المشتري في بيع المذاق بل لابد من إعلان قبوله  
للبيع ، ويكفي السكوت في بيع التجربة ويكون معناه قبول المبيع .

٤ - بيع المذاق مجرد وعد بالبيع ، أما بيع التجربة فيعبر كامل معلق إما على  
شرط واقف وإما على شرط فاسخ .

٥ - إذا وقع دائن البائع حجزاً على المبيع قبل قبول المشتري ، ففي بيع  
المذاق ينفذ الحجز في حق المشتري ، وفي بيع التجربة لا ينفذ .

(١) يردى وسنيا فقرة ١٥٥ .

(٢) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٣ - أنظر في انتقاد إيجاد بيع المذاق إل جانب  
بيع التجربة ووجوب التسوية من ناحية التشريع بين البيعين فيكون كل منهما بيعاً معلقاً على شرط  
الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني السوري فقرة ٦٥ .

٦- إذا أنلس البائع قبل قبول المشتري ، فقي بيع المذاق لا يستأثر المشتري بالمبيع ، وفي بيع التجربة يستأثر .

٧- إذا هلك الشيء قبل قبول المشتري ، فقي بيع المذاق يكون هلاكه دائماً على البائع ، وفي بيع التجربة يكون الهلاك على البائع إذا كانت التجربة شرطاً واقفاً وعلى المشتري إذا كانت التجربة شرطاً فاسخاً (١) .

### § ٣- بيع الوفاء

( vente à réméré )

٧٧- النصوص القانونية : تنص المادة ٤٦٥ من التقنين المدني

على ما يأتي :

(١) والفقهاء الإسلامي يراجه كلاً من بيع التجربة وبيع المذاق بالمبيع مع خيار الشرط . وفي الفقه الإسلامي أيضاً البيع على سوم النظر ( المجلد م ٢٩٩ ) والبيع على سوم الشراء ( المجلد م ٢٩٨ ) ، وهذان ليسا يبينن كاملين ، والأول منهما أقرب إلى أن يكون مجرد إيجاب من البائع ، أما الثاني فاقرب إلى أن يكون وعداً بالبائع فهو من هذا الوجه يشبه بيع المذاق . وهناك أيضاً في ملحق مالك خيار الثلاثة الأيام وخيار العام .

وقد سار التقنين المدني العراقي على هذا الفقه الإسلامي ، فأورد إلى جانب النصوص المتعلقة ببيع التجربة وبيع المذاق نصوصاً متعلقة بخيار الشرط على الوجه الآتي : م ٥٠٩ عراق : يصح أن يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة . ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية إلى المشتري ، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري . ألغى مماً لولاً لأجنبي . م ٥١٠ عراق . إذا شرط الخيار للبائع والمشتري مماً ، فأبها فسخ في أثناء المدة انفسخ البيع ، وأبها أجاز سقط خيار الهيز وفي الخيار للاخر إلى انتهاء المدة . م ٥١١ عراق . إذا خست مدة الخيار ولم يفسخ من له الخيار ، لزم البيع . م ١٢٠ عراق : خيار الشرط لا يورث ، فإذا مات من له الخيار سقط خياره . م ١٢٠ عراق : في جميع حالات الخيار ، إذا تلف المبيع في يد المشتري قبل الفسخ ، هلك من ماله ولزمه الثمن المسمى .

أنظر في شرح خيار الشرط في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الزنون فقرة ٤٦ - فقرة ٥٦ ، وهو ينتقد المجمع بين خيار الشرط وبين بيع التجربة وبيع المذاق . وأنظر في تقيد هذا الانتقاد تقيداً موثقاً الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢١٥ وفقرة ٢٢٧ . وظهر أن خيار الشرط أوسع من كل من بيع التجربة وبيع المذاق ، فلا خير من هذا المجمع ، ويكون اليمان الأخيران صورتين خاصيتين من صور خيار الشرط .

و إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ، وقع البيع باطلاً (١) .  
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٣٣٨ - ٤٢١/٣٤٧ - ٤٣٣ - (٢).

(١) تاريخ النص : كان المشروع التمهيدى يشتمل على المواد من ٦١٧ إلى ٦٣١ ، وهي  
نصوص تقرر بيع الوفاء وتنظفه تنظيمياً مفصلاً على الوجه الذى سار عليه التقنين المدني السابق  
( أنظر نصوص هذه المواد وما يقابلها من نصوص التقنين المدني السابق والمذكورة الإيضاحية  
المتعلقة بها في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٤ - ص ١٩٠ في هوائش هذه الصفحات ) .  
وقد سار المشروع التمهيدى في مراحله أمام لجنة المراجعة ، فجلس النواب ، حتى إذا وصل لجنة  
مجلس الشيوخ رأيت هذه اللجنة إلغاء هذه النصوص والنص صراحة على أن بيع الوفاء يكون باطلاً  
في المادة ٤٦٥ التى نحن بصددها ، ووافق مجلس الشيوخ على هذه المادة كما وصحتها لجنته ( مجموعة  
الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٤ - ص ١٨٠ ) .  
(٢) التقنين المدني السابق م ٤٢١/٣٣٨ ( معدلة بالقانون رقم ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٣ ) :  
حق استرداد البيع أو الشرط الوفاى هو شرط يحفظ به البائع لنفسه حق استرداد العين المبيعة  
في مقابلة المبالغ المنصوص عليها في المادة ٣٤٤ في المباد المتفق عليه .  
م ٤٢٢/٣٣٩ - ٤٢٣ ( معدلة بالقانون ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٣ ) : إذا كان الشرط الوفاى  
مقصوداً به إعفاء وهن عقارى ، فإن العقد يعتبر باطلاً لا أثر له ، سواء بصفته بيعاً أو رهناً  
ويعتبر العقد مقصوداً به إعفاء وهن إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بقيت العين المبيعة  
في حيازة البائع بأى صفة من الصفات - ويجوز بكافة الطرق إثبات عكس ما في العقد بدون  
التطاعات إلى نصوصه .

م ٤٢٤/٣٤٠ : بمجرد بيع الوفاء يصير المبيع ملكاً للمشتري على شرط الاسترداد ، بمعنى  
أنه إذا لم يوف البائع بالشروط المقررة لرد المبيع تبت للملكية المشتري - وإما إذا صار نوية  
الشروط المذكورة ، فيعتبر كأنه لم يخرج من ملكية البائع .

م ٤٢٥ : غلط ( مقابل لما في الأصل ) : إذا لم يشترط حق الاسترداد في نفس عقد البيع ،  
فإن صار له ذلك الحق فيما يند لا يعتبر مالاً بالتالى إلا من اليوم الذى حصل فيه شرط  
الاسترداد .

م ٤٢٦/٣٤١ : لا يجوز للبائع أن يشترط لاسترداد المبيع مباد يزيد على خمس سنين من  
تاريخ البيع ، وكل مباد أزيد من ذلك يصير تنزيهه إلى خمس سنين ( في المختلط ستان بدلا  
من خمس ) .

م ٤٢٧/٣٤٢ : المباد المذكور عثم بحيث يترب على تجاوزه سقوط حق الاسترداد ،  
ولا يجوز المحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق في أى حال من الأحوال ولو في حالة القوة  
القاهرة .

ويقال في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني البووي  
المادة ٤٣٣ - وفي التفتين المدني الليبي المادة ٤٥٤ - وفي التفتين المدني العراقي  
المادة ١٣٣٣ - وفي تفتين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٤٧٣ - ٤٨٦ (١) .

== م ٢٨ غلط ( لا مقابل لما في الأصل ) : تطويل المباد التلق عليه يقوم مقام بيع من  
المشتري البائع الأصل معلق على شرط ، إذ يمتد المشتري المذكور مالكا للمبيع ملكا باننا من يوم  
البيع الأول إلى يوم تطويل المباد .

م ٢٩٣ ٢٩٤ : يجوز للبائع بيع وفاء أن يطلب الاسترداد من انتقل إليه المبيع ، ولو لم  
يشترط الاسترداد في عقد الانتقال .

م ٣٠٤/٣٠٥ : لا يجوز للبائع بيع وفاء أن يفسخ البيع إلا إذا عرض على المشتري في المباد  
المعين أن يؤدي له على الفور الأشياء الآتية بيانها : أولا - أصل الثمن . ثانيا - المصروفات  
الترقية على البيع والتي تترتب على استرداد المبيع . ثالثا - المصاريف اللازمة التي صرفها المشتري  
غير ما صرفه لصيانة المبيع ، ثم يؤدي أيضا ما زاد في قيمة المبيع بسبب المصاريف الأخرى التي  
صرفها المشتري بشرط ألا تكون فاحشة .

م ٣١٥/٣١٦ : عند رجوع المبيع بيع وفاء إلى البائع ، يأخذه خالياً عن كل حق وحق  
وضعه عليه المشتري ، إنما يلتزم البائع بتنفيذ الإيجارات التي أجراها ذلك المشتري بدون غش بشرط  
أن تكون مدتها لا تتجاوز ثلاث سنين .

م ٣٢٦/٣٢٧ : الاسترداد لا يقع إلا على نفس المبيع ، سواء كان المبيع ملكاً كاملاً  
أو مشاعاً أو مقسوماً إلى حصص ، إلا إذا كانت دعوى الاسترداد مقامة على ورثة المشتري بالقسمة  
للحصة المشاعة بينهم أو للفروضة التي يملكها كل منهم .

م ٣٢٧ ٣٢٨ : إذا كان المبيع بيع وفاء حصّة شائعة في عقار ، واشترى مشترياً الحصة  
الباقية من مالكيها بعد طلب هذا المالك مقاسمته ، فله المشتري المذكور عند مطالبة بانه الأول  
بالاسترداد للحصة المنيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ العين بتمامها .

#### (١) التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدني السوري م ٤٣٣ ( مطابقة المادة ٤٦٥ من التفتين المدني المصري - أنظر في  
القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا بقرة ٢٤٦ - فقرة ٢٥٣ ) .

التفتين المدني الليبي م ٤٥٤ ( مطابقة المادة ٤٦٥ من التفتين المدني المصري )  
التفتين المدني العراقي م ١٣٣٣ : بيع الوفاء يعتبر رهناً حيازياً .

( والتفتين العراقي كان يشتمل في مشروعه التمهيدى على نصوص - المواد من ٥٩٥ إلى  
٦٠٥ - تقر بيع الوفاء وتقتل أسكانه باعتباره بيع معلق على شرط فاسخ على نطق الفقه  
العرفي . ولكن هذه مراجعة هذا المشروع حلفت هذه النصوص ، وتوسط التفتين العراقي بين  
موقف الفقه العربي من بيع الوفاء وبقره كما رأينا وبين موقف التفتين المصري وهو يبطله كما سبق  
القول ، فقبل بيع الوفاء لا يبيأ صحيحاً ولا يبيأ باطلاً ، بل جملة رهناً حيازياً ، أي أنه وضع =  
( الوسيط - م ١٠ )

== قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن بيع الوفاء ومن حيازى . وقد جرى التقنين العراقي في ذلك على تقاليد الفقه الإسلامى والمجلة ، فيبيع الوفاء هناك إنما هو ومن حيازى . ويجب التمييز في القانون العراقي بين بيع الوفاء والبيع المقترن بغير شرط البائع . فيبيع الوفاء بيع قصد به تأمين المشتري على ماله وتأمين البائع على استرداد الدين المبيعة بصدوفاء المشتري حقه ، ويأخذ حكم الرهن الحيازى ، فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بل يبقى المبيع عنده تأميناً حتى يستوفى حقه من البائع ، أما البيع المقترن بغير شرط البائع ، فقد قصد به أن يكون البائع فسخة من الوقت يتدبر أمره وينتظر هل من مصلحته أن يحمل البيع بآنا أو أن يفسخه . فهو بيع صحيح لا رهن ، يتغل ملك المبيع إلى المشتري تحت شرط فاسخ لأنه مقترن بغير التروى أو خيار الشرط . وتكون المدة في خيار الشرط عادة مدة قصيرة ، إذ لا يحتاج البائع في التروى إلى وقت طويل . أما مدة الاسترداد في بيع الوفاء فتكون عادة مدة طويلة قد تصل إلى سنين عدة ، إذ هو قرض مضمون بمن حيازى كما سبق القول - قارن الأستاذ حسن الذنون في البيع في القانون المدنى العراقي فقرة ٤١٨ - فقرة ٤١٩ ) .

#### تقنين الموجبات والمقود المينانى :

م ١٧٣ : إن البيع مع اشتراط حق الاسترداد أو البيع الوفاوى هو الذى يلتزم فيه المشتري بعد البيع التام أن يعيد المبيع إلى البائع مقابل رد الثمن . ويجوز أن يكون موضوع البيع الوفاوى أشياء متقولة وغير متقولة .

م ١٧٤ : لا يجوز أن يشترط لاسترداد المبيع ميعاد يتجاوز ثلاث سنوات من تاريخ البيع وإذا اشترط ميعاد يزيد عليها أزيل إلى ثلاث سنوات .

م ١٧٥ : إن الميعاد المذكور متعهم ، لا يجوز للقاضى أن يحكم بإبطاله وإن لم يتمكن البائع من استئصال حقه في الاسترداد لسبب لم يكن فيه غشاً . أما إذا كان عدم استئصال هذا الحق ناشئاً عن خطأ من المشتري ، فانقضاء المهلة لا يحول دون استئصاله .

م ١٧٦ : إن المبيع وفاء يصبح بحكم البيع ملكاً للمشتري تحت شرط الوفاء ، بمعنى أن المشتري يبقى مالكا له إذا لم يتم البائع بالشروط المتفق عليها لاسترداده . أما إذا قام بهذه الشروط ، فبصد المبيع كأنه لم يخرج قط عن ملكية البائع . وفي كل حال يتسحق للمشتري بالمبيع كالمالك إلى أن تنتهى المهلة أو إلى أن يستعمل البائع حق الاسترداد مع مراعاة أحكام المادتين ٨٢ و ٨٥ ، فيسحق له أن يبنى ثمار المبيع وأن يقيم كل دعوى مختصة به على شرط ألا يرتكب احتيالا .

م ١٧٧ : يجوز حق الاسترداد بأن يبلغ البائع إلى المشتري وغيبه في استرداد المبيع ، ويجب عليه في الوقت نفسه أن يعرض رد الثمن .

م ١٧٨ : إذا تروى البائع قبل أن يستعمل حقه في الاسترداد ، انتقل هذا الحق إلى ورثته ، فيستعملونه في المدة الباقية لموثرهم من المهلة .

م ١٧٩ : لا يجوز العودة أن يستعملوا حق الاسترداد إلا بجمعين ، ولا أن يطلبوا سوى رد المبيع بحكم . ويسرى هذا الحكم أيضاً فيما إذا باع عدة أشخاص بمقتضى عقد واحد شيئاً مشتركاً بينهم ولم يحفظوا لكل منهم حقه في استرداد حصته .

وقد كان التفتين المدنى السابق يقر بيع الوفاء وينظمه تنظيهاً مسهباً ، أما التفتين المدنى الجدد فقد أبطله كما رأينا . فيحسن إذن أن نبحث بيع الوفاء : ( ١ ) فى عهد التفتين المدنى السابق ، إذ لا يزال موجوداً حتى اليوم بيوع وفاء أبرمت فى عهد التفتين السابق فتسرى عليها نصوص هذا التفتين . ( ب ) فى عهد التفتين المدنى الجديد .

م ٤٨٠ : يجوز أن تقام دعوى استرداد المبيع على ورقة المشتري مجتمعين . أما إذا جرى توزيع التركة ودخل المبيع فى حصة أحد الورثة ، فنظام دعوى الاسترداد عليه وحده بالمبيع كله .

م ٤٨١ : إذا أعلن إصاار البائع ، كان سق الاسترداد لذائين .

م ٤٨٢ : يحق للبائع وفاء أن يقدم دعوى الاسترداد على المشتري الثالث .

م ٤٨٣ : إن البائع الذى يستعمل حق الاسترداد لا يمكنه أن يعود إلى وضع يده على المبيع إلا إذا رد : أولاً - الثمن الذى قبضه - ثانياً - النفقات المفيدة بمقدار ما زادته فى قيمة المبيع . أما فيما يخص بالنفقات الكسالية ، فليس للمشتري سوى نزع ما أدخله على المبيع من التحسين إذا استطاع نزع بلا ضرر . ولا يمكنه أن يطلب استرجاع المصاريف الضرورية ولا مصاريف الصيانة ولا نفقة جنى الثمار - ويجب على المشتري من جهة أخرى أن يرد : أولاً - المبيع وما ازداد فيه منذ عقد البيع - ثالثاً - الثمار التى جناها منذ اليوم الذى دفع أو أودع فيه الثمن . والمشتري أن يستعمل حق الحبس إذا لم يرد ما يجب له ، ذلك كله مع الاحتفاظ بالشروط المتفق عليها بين الفريقين .

م ٤٨٤ : إن المشتري مشمول من جهة أخرى مما يصيب المبيع من الضرر أو الخلل بقعله أو بخطئه أو بخطاء الأشخاص الذين يكون مشمول عنهم . وكذلك هو مشمول عن التنويرات التى أدت إلى إحداث تبديل جوهرى فى المبيع مخالف لمصلحة البائع . غير أنه لا يقال مما يصيب المبيع من جراء قوة قاهرة أو تغيير قليل الشأن ، ولا يحق للبائع فى هذه الحال أن يطلب تخفيض الثمن .

م ٤٨٥ : إن البائع الذى يسترد ملكه بمقتضى حق الاسترداد يكتسب فى الوقت نفسه الحق فى محو قيود جميع الحقوق البقية والأعيان والرهون التى أنشأتها عليه المشتري . غير أنه ملزم بتنفيذ عقود الإيجار التى عقدتها المشتري بلا احتيال ، على شرط ألا تتجاوز مدة الإجارة المهلة المتصوص عليها للاسترداد وأن يكون عقد الإيجار ذا تاريخ صحيح .

م ٤٨٦ : إذا كان المبيع ملكاً زراعياً واستعمل البائع حق الاسترداد فى أثناء السنة الزراعية حق للمشتري إذا كان قد أتى البناؤ در أو الذين أجبرهم أن يبنى محلا للاقسام المزروعة حتى انتهاء السنة الزراعية ، وإنما يلزمه أن يدفع ما يوجب عليه العرف المحل عن المدة الباقية من يوم الاسترداد إلى آخر السنة الزراعية . ( وتقرب أحكام التفتين البنائى فى بيع الوفاء من أحكام التفتين المصرى السابق ) .

## ١ - بيع الوفاء في عهد التتقين للمدني السابق

### ٧٨ - بيع الوفاء والمرهني : بيع الوفاء في عهد التتقين للمدني السابق

كان طريقاً من طرق التأمين ، يتجرد فيه المالك عن ملكه لدائته ، فيتملك الدائن المبيع تحت شرط فاسخ ، هو أن يرد البائع الثمن والمصرفات للدائن ، فيفسخ البيع ويعود المبيع إلى ملك البائع بأثر رجعي . فالبايع وفاء هو المدين ، والمشتري وفاء هو الدائن ، ويتجرد الأول عن ملكه للثاني على أمل استرداده في المستقبل . أما في رهن الحيازة فلا يتجرد الراهن عن الملك بل عن الحيازة فقط ، وفي الرهن الرسمى لا يتجرد عن الملك ولا عن الحيازة . فظاهر أن الرهين بفضلان بيع الوفاء من هذه الناحية الهامة . ولكن بيع الوفاء - من ناحية أخرى أهل أهمية - يمتاز على كل من الرهين . فهو يمتاز على رهن الحيازة بأن المبيع وفاء إذا هلك في يد المشتري هلك عليه دون البائع ، أما إذا هلك العين المرهونة في يد المرتهن فانها تهلك على الراهن دون المرتهن . ثم إن المشتري في بيع الوفاء لا شأن له ببقية أموال البائع الخارجة عن المبيع ، أما المرتهن فله عدا حقه العيني على الشيء المرهون حتى شخصي يضمته جميع أموال الراهن . ويمتاز بيع الوفاء على الرهن الرسمى بهاتين الميزتين وبأنه لا حاجة فيه إلى ورقة رسمية والرهن الرسمى لا بد لاتقاده من هذه الورقة ، وبأنه يجوز في العقار وفي المنقول ، والرهن الرسمى لا يجوز إلا في العقار .

عن أن بيع الوفاء كثيراً ما يتخذ المتعاقدان متاراً لإخفاء رهن حيازي (١) لو كشفنا عنه كان غير مشروع . ويتحقق ذلك في الفروض الآتية :

(١) يقصد المتعاقدان إبرام قرض برها فاحش مضمون برهن حيازي ، فلا يكشفاً عن هذا القصد لعدم مشروعيته ، بل يلجأ إلى بيع الوفاء ، فيبيع المدين من الدائن عيناً بيعاً وفائياً ، ثم يستأجرها ويدفع أجرة هي عبارة

(١) وبيع الوفاء في الفقه الإسلامي هو رهن لا يبيع ، ولكنه يبيع المشتري وفاء ثمرات المبيع وكان لا يتسلحها في الرهن إلا على سبيل الرخصة التي يجوز الرجوع فيها ( انظر ابن عابدين جزء ٤ ص ٢٨٩ - الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني المجري فقرة ٢٤٧ - فقرة ٢٥٠ وقرة ٢٥٣ )



عن الربا الفاحش (١). أو يشترط عليه المشتري (الدائن) إذا أراد استرداد العين أن يدفع ثمناً يكون أكثر من الثمن الذي قبضه ، والفرق ربا فاحش . (٢) يقصد المتعاقدان التخلص من بطلان شرط امتلاك المرتهن للشيء المرهون إذا لم يف الراهن بالدين ، فيلجأ إلى بيع الوفاء . فيتخذ الدائن المرتهن صفة المشتري وفاء ، ويستطيع بذلك أن يملك المبيع إذا لم يرد الراهن - وهو البائع وفاء - ما اقترضه وسماء ثمناً في بيع الوفاء . (٣) يقصد المتعاقدان التخلص من قانون الخمسة الأفدنة ، فيسميان رهن الحيازة بيع وفاء . فلا يحتاج الدائن (المشتري وفاء) إلى الحجز والبيع ، بل يملك المرهون (المبيع وفاء) بمجرد عدم قيام المدين (البائع وفاء) بسداد الدين .

وقبل قانون رقم ٥٠/٤٩ سنة ١٩٢٣ ، وكان على القاضي ، إذا عرض عليه عقد موصوف بأنه بيع وفاء ، أن يفسر هذا العقد بحسب نية المتعاقدين الحقيقية ، فيعتبره بيع وفاء أو رهناً ، ويجرى على كل عقد حكمه . ثم صدر هذا القانون قاضياً بأن العقد الموصوف بأنه بيع وفاء ، إذا كان واقعاً على عقار ، وثبت أنه رهن ، فانه يكون باطلاً لا باعتباره بيع وفاء فحسب بل أيضاً باعتباره رهناً . وقالت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون : « إن في إبطال عقود الرهن التي تكون في شكل بيع وفائي إبطالا تاماً الوصول إلى الغاية المطلوبة ، إذ من المؤكد أن الدائنين سيمتنعون من وصف عقود الرهن بصفة عقود بيع وفائي نظراً لما يترتب على هذا العمل من النتائج الخطيرة وإبطال العقد إبطالا تاماً . وعلى ذلك تكون هذه القاعدة بمثابة نظام رادع لمنع استعمال البيع الوفاقي البذلي بنطوى على الرهن ، وإلا كان جزاء المخالف إلغاء كل أثر لعقده » . وقد جعل تشريع سنة ١٩٢٣ من القرائن على أن بيع الوفاء بستر رهناً ، فيبطل كبيع

(١) ولحقاً لقانون رقم ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٣ - وسيأتي ذكره - يكون كل من بيع الوفاء والرهن باطلاً ، ويصبح المشتري دائماً عاديّاً يستحق فوائد من المبلغ الذي دفعه ثمناً ، والاتفاق على الأجرة هو في حقيقته اتفاق عمل الفائدة ، فيجب إنزال الأجرة إلى الحد المسوح به قانوناً الفوائد الاتفاقية ( نفس مدق ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمره رقم ٢٧٥ ص ٥١٩ ) - وقد قضت محكمة استئناف أسبوط بأنه إذا باع شخص لآخر عقاراً بيباً وفائياً ، ثم سكت المحكمة بطلانه سواء باعتباره عقد بيع أو باعتباره عقد رهن ، فإن حق المشتري في استرداد ما دفعه من الثمن لا يبتنى - حساب مدة سقوطه إلا من يوم صدور هذا الحكم نهائياً ( ١٢ فبراير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٥٧ ) .

وكرهن معاً ، اشتراط المشتري على البائع إذا أراد الاسترداد أن يرد مع الثمن فوائد ، وذلك لأن المشتري وفاء يقبض ربح المبيع ، فإذا ضم إليه الفوائد كان هذا قرينة على الرضا الفاحش . وجعل من هذه القرائن أيضاً أن تبقى العين في حيازة البائع بأى سبب (١) . وهذه القرائن غير قاطعة ، فيجوز إثبات عكسها (٢) .

(١) والقرائن المذكورة في تشريع سنة ١٩٢٣ ليست واردة على سبيل الحصر . وقد صدرت أحكام كثيرة من القضاء الوطنى والقضاء المختلط في عهد التقنين المدنى السابق ، في شأن بيع الرفا الذى يستر رهنًا وما يقوم من القرائن في هذا الصدد ، سواء قبل صدور قانون سنة ١٩٢٣ أو بعد صدوره .

ونذكر من أحكام القضاء الوطنى ما يأتى : استئناف وطنى ٣ يناير سنة ١٨٩٥ الحقوق ١٠ ص ١١-٦٦ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١١١ ص ٢٤٠-٨ يوتيه سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٦٤-١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٩٤-٣٠ يناير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٦ ص ١١-١٤ مارس سنة ١٩٢١ الهامة ١ رقم ٩١ ص ٤٦٥-٢٧ مارس سنة ١٩٢٣ الهامة ٤ رقم ١/١٧٧ ص ٢٤٥ - استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٥ الهامة ٥ رقم ١/٥٠٥ ص ٦٠٩-٣١ يناير سنة ١٩٢٨ الهامة ٨ رقم ٤٧٢ ص ٧٧٤-٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ الهامة ٩ رقم ٥٣٦ ص ٩٩٢-٩ مارس سنة ١٩٣٣ الهامة ٣ رقم ٦٣٣ ص ١٢٤٣-٣٠ مايو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١١٢- استئناف أسبوط ١٠ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ١٣٨ - استئناف أسبوط ١٧ مايو سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢٦٣ - استئناف أسبوط ٣ يوتيه سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٥٤٥ .

ونذكر من أحكام القضاء المختلط ما يأتى : استئناف مختلط ١١ يوتيه سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣١٧-٨ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٧-٦ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١١٤-٤ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٣-٢٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٧-٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٧-١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٩-٧ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٣١-٢٧ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٠٦-٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٧٥-٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٢ ص ١٥٣-٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٥-١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٥-٩ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١١٠-٥ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٥٤-٢٢ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٥-٥ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٠-١٦-٢٨ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٩١-٤ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٨٣-٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٧٩-٢٩ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٩٦-١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٣-١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١٨-١٨ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٢٧-١١ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٦-٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٥٠-٢٨ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠٥ .

(٢) وقد ورد ، كما رأينا ، في آخر المادة ٤٣٧/٢٣٩-٤٣٧ من التقنين المدنى السابق

أنه يجوز بكافة الطرق إثبات عكس ما في القيد بدون التفات إلى نصومه. وليس ذلك إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي تجب في العقود المطلوبة على غش الإثبات بجميع الطرق. وقد فقت محكمة النقض بأن المادة ٣٣٩ من القانون المدني (السابق) تجيز للبائع أن يثبت بكافة الطرق، ومنها البيعة والقرائن، أن القيد لم يكن بيماً باتاً، وإنما هو - على خلاف نصومه - يستر رهنًا حيازياً. فإذا ادعى المشتري أن القيد الذي صنفته في صورة بيع لم يكن إلا استئانة بفائدة ودية مفسوقة برهن تأملي. أفرغ في قالب بيع بات الترتين به تأجير العين له، وكذلك إقرار من المالك مع برد العين إليه في الأجل المحدد وبالقيد المتفق عليها في القيد، ثم أخذت محكمة الدرجة الأولى بدعواه وبينت الأدلة والقرائن التي استندت إليها، ولكن محكمة الاستئناف، ولم تمسكه بدعواه هذه وطلبه إجراء التحقيق لإثباتها، لم تأخذ بها، متطعة في قضائها بأن محل ذلك أن يكون القيد قد اشتمل على شرط الاسترداد، وإلا فلا يمكن إثبات عكس الوارد به بغير الكتابة، ففضاؤها بذلك خالف حكم المادة ٣٣٩ سابقة الذكر (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة ص ٢٧ رقم ١٠١). وقضت أيضاً بأنه يجوز للبائع أن يثبت بأي طريق من طرق الإثبات أن القيد، وإن كان بحسب نصومه الظاهر بيماً باتاً، فإنه في حقيقة الأمر يستر رهنًا حيازياً. فإذا كان الحكم قد استخلص من شهادة الشهود الذين صممهم المحكة أن الإقرار الصادر بعد القيد محل الدعوى بحوال أربع سنوات إنما ينصب على هذا القيد، واستنتج من صبرائه أن الطرفين في ذلك القيد إنما قصدا به في الحقيقة أن يكون سترًا لرهن حيازى، فإنه لا يكون قد أخلًا. إذ يمكن في اعتبار الإقرار ورقة ضد توافر الممارسة للتعني التي تربط بالقيد وإن اختلفت تلتزميتها. وإذا كانت الأوراق المختلفة على تكييفها - على هي ورقة ضد من القيد المتنازع على حقيقة المقصود منه أم هي وعد بالبائع - مذكوراً فيها أنه «إذا مضى الميعاد المحدد ولم يدفع المبلغ فيكون البيع نافذ المفعول»، فهذا يدل على أن البيع لا يكون نافذ المفعول في مدة الوفاء، وليس هذا شأن بيع الوفاء الحقيقي الذي ينطو مفعوله كبيع بمجرد التصاقه وإن تعلق على شرط فاسخ. وإذا فاضحنا تلك الورقة متضمنة شرط تملك الدائن للأطيان مقابل الدين في نهاية الأجل المحدد الوفاء، هو اعتبار تسويف عبارتها، وليس فيه مسخ للمدلول (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٢) - وانظر أيضاً: نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٤ ص ٢٢٩). وبما حازة العين في يد البائع، إذا كانت تمد قرينة قانونية طبقاً لتشريع سنة ١٩٢٣ - فلها كانت تصلح قرينة قضائية قبل هذا التشريع (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٨ ص ٩٢). وكون اثنين المدعى لا يتناسب مع اثنين الحقيقي يصلح قرينة لا ترجح (نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٣ ص ١٠٢٧ - ١٠٢٨ يونيو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٤٥ ص ٩٤٢). ولو فسح الإيجار بناء على طلب المشتري واستقر المشتري العين كالك، فهذا لا يمنع من كون التصرف يستر رهنًا باطلاً، ولا حجة لما قاله المشتري من أنه وضع يده كالك لا كترتين يده الفسخ (نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢ ص ٩).

٧٩- دوراه في بيع الوفاء : ويمر بيع الوفاء على دورين : الدور الأول عند انعقاد البيع ، ، والدور الثاني عند استعمال حتى الاسترداد .

أولاً- عند انعقاد بيع الوفاء :

٨٠- أركان بيع الوفاء : هي أركان أى بيع آخر ، وضام المتعاقدين والبيع واثنان ، ولا يشترط التسليم (١) . وهو بيع معلق على شرط فاسخ ، هو أن دبائع إلى المشتري المبالغ التي يتفق عليها - وهي غالباً الثمن والمصروفات -

ويؤخذ من ظاهر عبارات محكمة النقض في حكم حديث لها أنها تعتبر القرائن الواردة في تفسير سنة ١٩٢٣ قرائن قانونية قاطعة . فقد قضت بأن بيع الوفاء ، قبل تعديل المادة ٣٣٩ مدني ( قديم ) ، كان قد اتخذ لستر بنفس التصرفات القانونية المنوطة ، مما حدا بالمشروع لإصدار القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ مدني المادة ٣٣٩ مدني قديم ، فكانت تنص على بطلان بيع الوفاء الذي يقصد به إخفاء دين وأنه لا أثر له سواء بصفته يوماً أو رهناً ، وأن العقد يعتبر مقصوداً به إخفاء دين إذا بقيت العين المبيعة في حيازة البائع بأي صفة من الصفات . والتي يبين من الباعث على تعديل المادة ٣٣٩ مدني ومن المذكرة التفسيرية الخاصة بهذا التعديل أن المشروع إنما أورد هذه القريعة كقريعة قانونية قاطعة للاستدلال بها على حقيقة المقصود بالعقد وأنه يفسر رهناً . ويؤيد هذا النظر اتجاه المشروع إلى إلغاء البيع الوفاوي نهائياً في القانون المدني الجديد اكتمالاً بالنصوص الخاصة بالرهن . ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة اعتبرت القريعة ليست قاطعة وأحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن عقد البيع هو في الواقع عقد رهن فإنه يكون قد خالف القانون ( نقض مدني ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٧ ص ٣١٦ ) . ولكن يبدو أن محكمة النقض إنما تأخذ على الحكم المطعون فيه أنه لم يفسر بقائه العين في حيازة البائع ، وكان من شأن هذه القريعة أن تمنع البائع من عبء الإثبات ، وتلقفه على عاتق المشتري ليجت هو بالرغم من وجود هذه القريعة أن العقد حقيقة بيع ولاء . لا رهن . فضلاً من ذلك ، أقر الحكم المطعون فيه عبء الإثبات على البائع ، ليجت أن عقد البيع هو في الواقع عقد رهن . وهذا لا شك خطأ في الحكم المطعون فيه يبرر نقضه ، ولكن ليس هذا شأنه أن القريعة القانونية إذا وجدت لم يجر إثبات مكسباً . بل إن الواجب في القضية التي نحن بسندنا أن نحال الدعوى إلى التحقيق ، ولكن لا ليجت البائع أن العقد هو في حقيقة رهن ، بل ليجت المشتري أن العقد بالرغم من وجود القريعة القانونية على أنه رهن هو في حقيقة بيع ولاء . فإذا خلا بيع الوفاء من القرائن القانونية ، كان على البائع إثبات أن البيع الوفاوي يفسر رهناً أن يقيم هو الدليل على ذلك ( نقض مدني ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٢١ ص ٨٤٧ ) ، ومن سفة أن يجاب إلى طلبه إذا هو طلب إثبات أن بيع الوفاء يفسر رهناً ( نقض مدني ٢١ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٢ ص ٢٥٩ ) .

(١) استئناف وخطي ٢ يناير سنة ١٩٥٥ المحرق ٢٠ ص ١٣٤ .

في مدة معينة . فإذا تحقق هذا الشرط انفسخ البيع واعتبر كأن لم يكن ، ورجع المبيع إلى ملك البائع واعتبر أنه لم يخرج من ملكه أصلاً .

وحتى يعتبر هذا الشرط صحيحاً يجب توافر أمرين : (١) أن يكون الشرط معاصراً لعقد البيع ولو لم يكن مذكوراً في عقد البيع ذاته ، فالمعاصرة الذهبية تكنى (١) . فإذا تخلف الشرط عن عقد البيع ، فإن البيع ينقذ باناً ، ويكون الشرط اللاحق إما وعداً بالبائع أو بيعاً معلقاً على شرط واقف تبعاً لنية المتعاقدين . وتكييف الشرط اللاحق بأنه بيع معلق على شرط واقف هو الذى تنص عليه المادة ٤٢٥ مدنى مختلط إذ تقول : « إذا لم يشترط حق الاسترداد في العقد نفسه فن يكسب هذا الحق لا يعود مالكام إلا من يوم اشتراطه هذا الحق » . ولا نظير لهذا النص في التقنين الوطنى السابق ، ولكنه تطبيق للقواعد العامة ولنية المتعاقدين . (٢) ألا تزيد المدة التى يصح فيها الاسترداد على خمس سنوات في التقنين الوطنى ، وعلى سنتين في التقنين المختلط . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى :

## ٨١ - مفروض كل من المشتري والبائع : يصبح المشتري ، بعد تسجيل

بيع الوفاء إذا كان المبيع عقاراً ، مالكام للمبيع تحت شرط فاسخ ، وله أن

(١) نفس مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٢ وهو الحكم السابق الإشارة إليه . يمكن فى اختيار الإقرار ورقة ضد تولد المعاصرة الذهبية التى تربط بالمدة وإن اختلف تاريخها ) - استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٧ ( ورقة ضد تحريث فى يوم العقد البات ) . ومجلس من ذلك أنه ليس من الضروري أن يكون عقد البيع ذاته هو الذى يثبت شرط استرداد العين المبيعة . وقد قضت محكمة النقض أنه ليس صحيحاً القول بأن اشتراط استرداد العين المبيعة يجب أن يثبت بمقد البيع نفسه وإلا اعتبر وعداً بالبائع ، فإن المادة ٣٣٩ مدنى ( سابق ) تجيز البائع أن يثبت بكافة الطرق ومنها البينة والقرائن أن العقد لم يكن بيعاً باناً وإنما هو على خلاف نصوده هتور دهاً حياً ( نفس مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧ ص ٨٧ - والنظر أيضاً : نفس مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٥ ص ٣١٨ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٤ ص ٢٦٣ - استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٧ ) . وقضت محكمة النقض كذلك بأن إثبات أن مقد البيع نفسه به إعطاء رهن مقترن بوفائه رهوية يجرمها القانون مراعاة للنظام هو أمر جاز بكافة الطرق ، سواء صودر عقد البيع الظاهر بأنه بات أم وفاقى ( نفس مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٢٣ ص ٢٦٠٢ ) .

يصرف فيه ولكن يكون تصرفه معلقاً على هذا الشرط . فله أن يبيع وأن يهب وأن يرهن ، فإذا تحقق الشرط فسخت كل هذه التصرفات . ويستطيع أن يظهر الغار بما عليه من الرهن ، ويبقى هذا التصرف نافذاً حتى لو تحقق الشرط الفاسخ . وله أن يطلب الأخذ بالشفعة (١) ، ويبقى تصرفه هذا أيضاً نافذاً ولو تحقق الشرط . وله من باب أولى أن يقوم بأعمال الإدارة ، كأن يؤجر العين ، ويكون إيجاره نافذاً حتى لو تحقق الشرط الفاسخ وردت العين إلى البائع ، ويلتزم هذا بتنفيذ الإيجار إذا كان ثابت التاريخ ووقع دون غش ولم يتجاوز مدته ثلاث سنوات (٤٣١/٣٤٥ مدنى سابق) . وإذا كان بيع الوفاء صادراً من غير مالك ، فإن كان المبيع منقولاً ملكه المشتري إذا كان حسن النية بموجب الحيازة ، وللمالك الحقيقي أن يستعمل حق الاسترداد . وإذا كان المبيع عقاراً ، أمكن المشتري أن يملكه بالتقدم الخمسى إذا كان حسن النية ، والبائع حتى النية إذا استرد المبيع أن يضم مدة حيازة المشتري إلى مدة حيازته إذا اقترنت بسبب صحيح لأن المشتري يعتبر حائزاً لحسابه (٢) . أما إذا كان المشتري سيئ النية ، فإنه لا يملك المبيع إلا بالتقدم الطويل ، سواء كان المبيع عقاراً أو منقولاً ، وله أن يضم مدة حيازة البائع ، فإذا ملك المبيع بالتقدم بقی البائع حقه فى الاسترداد .

ويصبح البائع مالكا تحت شرط واقف . فإذا تصرف المشتري فى المبيع ، ثم تحقق الشرط ، عادت الملكية إلى البائع بأثر رجعى ، وأمکن هذا أن يسترد المبيع عن تصرف له المشتري . ويستطيع البائع أن يتصرف فى ملكيته للعاقبة على شرط واقف وأن يرهنها خاضعة لهذا الشرط (٣) ، فإذا كان المبيع عقاراً وجب التسجيل أو القيد . وللبائع فوق ذلك حق شخصى فى فسخ المشتري ، يستطيع بموجبه أن يسترد المبيع فى مواجهته ، حتى لو انتقل إلى يد أجنبي .

(١) نفس مدنى ٢٣ تولى سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام للنفس ٢ رقم ١٥ ص ٧٤ .

(٢) بوردى وسينيا نكرة ٦٣٦ - الأستاذ أنور سلطان ص ٢٧٥ هامش رقم ١ .

(٣) استئناف مخطط ٧ ديسمبر سنة ١٩٩٩ م ١٢ ص ٣٦ .

## ثانياً - عن استعمال حق الاسترداد :

### ٨٢ - من يستعمل حق الاسترداد ضد من يستعمل وهو أى

شئ يقع : الذى يستعمل حق الاسترداد هو البائع ، وورثته من بعده ، ومن انتقل إليه حق البائع أى خلفه الخالص (١) . ولدائى البائع ، إذا كان هذا معسراً ، أن يستعملوا حقه باسمه وفقاً لأحكام الدعوى غير المباشرة (٢) .

ويستعمل حق الاسترداد ضد المشتري أو ورثته من بعده . ويجوز أيضاً استعماله ضد المشتري من المشتري ( أى الخلف الخالص ) ، إلا إذا كان المبيع منقولاً وكان المشتري الثانى حسن النية فانه يملك المبيع ملكاً تاماً ويبقى البائع أن يرجع بتعويض على المشتري . أما إذا كان المشتري الثانى يعلم شرط الاسترداد أو كان المبيع عقاراً ، فانه يجوز للبائع أن يسترد منه المبيع ولا يدفع إلا الثمن المتفق عليه بينه وبين المشتري الأول حتى لو كان هذا الثمن أقل مما اشترى به المشتري الثانى ، ويرجع هذا على البائع له - أى على المشتري - بالفرق . أما إذا كان الثمن الذى اشترى به المشتري الثانى أقل ، فانه يسترد من البائع الثمن الأكبر ، ولا يرد الفرق إلى المشتري لأنه تلقى عنه حقه بالثمن الذى دفعه له . ويلاحظ أن استرداد البائع من المشتري الثانى يكون بموجب دعوى عينيه هى دعوى الاستحقاق ، إذ يرجع المبيع إلى ملك البائع باستعمال حق الاسترداد . وقد تقدم أن البائع عدا هذا دعوى شخصية قبل المشتري الأول ، وتظهر فائدتها

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز عرض ثمن المبيع وفائياً على المشتري من أحد الورثة من ماله الورثة حياً ، ويكون الورثة الذى قام بالعرض قد باشره نيابة عنهم . ولما كان حق الاسترداد غرضاً أصلاً للبائع ولورثته ، فانه يجوز استعماله لمن يقوم مقام الورثة وهو الدائن لهم والمقرضون قبله بنقل ملكية العين محل الاسترداد إليه . وإذن فحق كان ورثة البائع وفائياً قد باعوا العين إلى شخص ورثوا الدعوى يطلب استرداد هذه العين من المشتري وفائياً ، ثم تنازل بعض الورثة عن طلب الاسترداد محضين بمقتضى الثمن المدعو ، فإن المسكر إذ قبل تدخل المشتري من الورثة متفقاً إلى باقى المدعين في طلب الاسترداد لا يكون قد خالف القانون ( نقض هذا ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩ ) .

(٢) روى القانون الفرنسى المشتري إلزام الدائنين بتجريد البائع من أمواله الأخرى قبل استعمال حق الاسترداد ( بلاتيرول وريبير ومامل ١٠ بقرة ١٩٤ - قانون الأستاذين أحمد نجيب للملاى وحامد زكى بقرة ٤٨٨ - الأستاذ سليمان مرقس بقرة ٢٥٨ ) .

في حالتين: (١) إذا كان البائع ليس متأكداً من أن المبيع تحت يد المشتري الثاني ، إذ يجوز أن يكون هذا قد باعه لثالث ، ففي هذه الحالة لا يستطيع البائع أن يستعمل حق الاسترداد ضد المشتري الثاني ، وهو لا يعلم أين ذهبت العين ، فخير طريق يسلكه هو أن يستعمل حق الاسترداد ضد المشتري الأول بموجب حقه الشخصي فيضمن أن يكون استعماله لحق الاسترداد صحيحاً . (٢) إذا كان المبيع متوقفاً وقد ملكه المشتري الثاني حسن النية بالحيازة ، فلا يستطيع البائع في هذه الحالة أن يرفع عليه دعوى الاسترداد ، ولا يبقى له إلا الرجوع بتعويض على المشتري الأول بموجب حقه الشخصي ، وقد تقدم ذكر ذلك .

وينقضي الاسترداد على نفس المبيع ، سواء كان ملكاً كاملاً أو حصّة مشاعاً أو حصصاً مقسومة (م ٣٤٦ / ٤٣٢ مدني سابق). ولكن لهذه الفاعلة استثناءات .

١ - فقد يتعدد البائع ، بأن يرثه ورثة متعددون أو يكون هو نفسه في الأصل متعدداً . فإذا كان البيع بمقد واحد وبشخص واحد ، جاز للمشتري أن يطلب من البائعين جميعاً أن يتفقوا فيما بينهم على استرداد كل المبيع أو لا يستردون شيئاً أصلاً . ولا بد من اتفاق الجميع على الاسترداد ، فلو عرض أحدهم أن يسترد كل المبيع لنفسه لم يجبر المشتري على إجابة هذا الطلب إلا إذا رُزِلَ باقي البائعين الذي يريد الاسترداد عن حقهم فيه . أما إذا لم يستعمل للمشتري حقه في طلب اتفاق البائعين على الاسترداد ، فكل بائع لا يسترد إلا نصيبه ، وبذلك ينقسم حق الاسترداد ( انظر المواد ١٦٦٨ - ١٦٧٠ مدني فرنسي ، وهي مجرد تطبيق للقواعد العامة ) .

٢ - وقد يتعدد المشتري ، بأن يرثه ورثة متعددون أو يكون هو نفسه في الأصل متعدداً . فيستطيع البائع أن يستعمل حقه في الاسترداد ضد كل واحد منهم بقدر نصيبه (١) . أما إذا وقع المبيع كله في نصيب أحد الورثة ، استعمل

---

(١) وقد نلت عمدة التقصيص بأنه وإن كان الاسترداد لا يقع - بحسب الأصل - إلا على المبيع كما هو ، لأن الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ من القانون المدني ( السابق ) قد استندت المادة التي تكون لها دعوى الاسترداد ، وقائمة على ورثة المشتري بالنسبة إلى الحصص المشاعة بينهم أو المهرورة التي يملكها كل منهم . وهذا لا يصح منه القول بأن توجيه العرض أو الدعوى إلى بعض الورثة يحجر توجيهها إلى البائعين . وإذا كان البائع عند وفاة المشتري أن يحجزه دعوى =



البائع حقه في الاسترداد ضد هذا الوارث بالنسبة إلى كل المبيع . وبقي سائر الورثة كل منهم مسئولاً بدعوى شخصية بمقدار نصيبه ، وذلك فيما إذا تعلق استرداد الشيء المبيع من تحت يد الوارث الذي وقع في نصيبه كل المبيع بأن كان مثلاً منقولاً وملكه مشتركان حسن النية بالحيازة . وليس للورثة أو للمشتري أن يطلبوا من البائع استرداد كل الشيء المبيع كما في حالة تعدد البائع ، بل ينقسم هنا حق الاسترداد حتماً ( م ٣٤٦ / ٤٣٢ مدني سابق وم ١٦٧٢ مدني فرنسي ) .

٣ - وتقضي المادة ٣٤٧/٣٣٢ مدني سابق ( أنظر ١٧٦٦ مدني فرنسي ) بأنه إذا كان المبيع بيع وفاء حصّة شائعة في عقار ، واشترى مشترها الحصّة الباقية من مالكها بعد طلب هذا المالك مقاضته ، فـ للمشتري المذكور عند مطالبة بائعه الأول باسترداد الحصّة المبيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ العين بنهاية . ذلك أن المشتري وفاء قد اضطر ، لحفظ الحصّة المشاعة التي اشتراها ، أن يشتري حصّة الشريك . فلزم البائع أن يستردّها مع الحصّة المشاعة وأن يرد إلى المشتري الثمن الذي دفعه للشريك . ولكن للمشتري أن يحتفظ بما اشتراه في طلب المقاسمة وأن يرد للبائع الحصّة المشاعة التي اشتراها منه فقط . فإذا لم يشتري المشتري وفاء حصّة الشريك عند طلب القسمة ، بل يبيع كل العين لهذا الشريك أو لأجنبي ، فمن الحصّة المشاعة المبيعة وفاء هو الذي يستعمل فيه حق الاسترداد (١) . ويلاحظ أنه إذا كان المشتري وفاء هو الذي طلب القسمة ، فليس له أن يطلب البائع إلا باسترداد الحصّة التي اشتراها منه ، وإذا خرجت العين من يده نتيجة للقسمة لم تسر القسمة في حق البائع وفاء بل له أن يسترد حصّة المبيعة من يد من انتقلت إليه ، وله دعوى شخصية ضد المشتري وفاء كما قلنا .

---

= الاسترداد بمطالبة بعض الورثة دون الآخرين ، فإن التروك بأنه عند تجزئة الدعوى تعتبر الإجراءات موجهة إلى جميع الورثة يكون فولا خير سديد ( نقض مدني ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ بمجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٤ ص ٧٠ ) .

(١) بودري وسينيا نفرة ٦٥٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ نفرة ١٩٦ - فانن الأساطد أنور سلطان نفرة ٣٧٨ .

٨٣- متى يستعمل حق الاسترداد : الحد الأقصى للمدة التي يجوز أن يستعمل فيها حق الاسترداد هو خمس سنوات (١) . فإن اتفق المتعاقدان على أقل من هذه المدة ، سرى ما اتفقا عليه . وإن اتفقا على أكثر ، أنقص ما اتفقا عليه إلى خمس سنوات (٢) . وإن سكنا عن تعيين المدة ، اعتبرت المدة خمس سنوات (٣) . والمدة تحسب بالتقويم الهجري ، بحسب المنيع في عهد التقنين المدني السابق . وتبدأ من وقت البيع (٤) ، ولا يحسب يوم البيع وبحسب يوم الاسترداد ، وتحسب أيام الأعياد ولو انتهى بها الميعاد ، لأن المدة مدة سقوط لامدة تقادم ، ومن ثم تسرى على القاصر ولو لم يكن له نائب (٥) .

وتنص المادة ٤٢٧/٣٤٢ مدنى سابق على أن الميعاد المذكور محتم بحيث يترتب على تجاوزه سقوط حق الاسترداد ، ولا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق في أى حال من الأحوال ولو في حالة القوة القاهرة . فإذا انقضى الميعاد ولم يستعمل البائع حقه في الاسترداد ، أصبح بيع الوفاء الذى كان معلقاً على شرط فاسخ ييماً باتاً ، وأصبح المشتري مالكا للمبيع ملكاً باتاً منذ البيع لا منذ انقضاء المدة فحسب (٦) ، فأصبحت جميع تصرفاته في البيع بائنة

(١) وفي التقنين المختلط سنيان ، وفي التقنين المدني الفرنسي خمس سنوات .  
(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن العقد الذى يظهر من روايته أنه بيع وفائى باستكاله أوضاع البيع الوفاء تسرى عليه الأحكام المختصة بذلك ، ولا يصح اعتباره ييماً تحت شرط أحقية البائع في الفسخ في أى وقت أراد . فإذا عين في العقد المذكور ميعاد لاسترداد البائع العين المبيعة أكثر من خمس سنوات ، وجب تنزيل الميعاد إلى خمس سنوات . وحق الرجوع في البيع إما أن يكون مطلقاً بلا قيد وإما أن يكون مقيداً بشرط فاسخ ، وفي جميع هذه الأحوال لا يبرف إلا ببيع وفائى ، ولا يمكن أن تتجاوز مدة الرجوع خمس سنوات ( ٤ مايو سنة ١٩٠٥ للحقوق ٢٠ ص ١٧٠ ) .

(٣) أوربي دور ٥ ققرة ٣٥٧ ص ١٦٦ - الأستاذ أنور سلطان ققرة ٣١٩ .  
(٤) أو من وجب تحقق الشرط الواقف إذا كان بيع الوفاء معلقاً أيضاً على شرط واقف .  
(٥) الأستاذ أنور سلطان ققرة ٣١٩ .

(٦) استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ٤١ - فإذا كان بيع الوفاء لم يمس : ثم أصبح باتاً على النسخ المشار إليه ، جاز للمشتري رفع دعوى صحة اتفاده . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان البائع ييماً وفائياً لم يستعمل حقه في استرداد المبيع في الميعاد المعلق عليه ، أفرغ للمشتري - بعد فوات مدة الاسترداد - دعوى صحة تعاقد على اعتبار أن هذا =

وعلى العكس من ذلك يزول ملكية البائع بأثر رجعي منذ البيع ، وزول جميع تصرفاته وتعتبر كأنها لم تكن ، لأن هذا كله كان معلقاً على شرط واقف ولم يتحقق الشرط .

أما المتعاقدان فيستطيعان باتفاق لاحق مد الميعاد إذا كان أقل من الحد الأقصى بحيث لا يتجاوز المدة بعد المد هذا الحد . وإذا اتفق المتعاقدان في البداية على مدة معينة ، ثم مدّاها بعد ذلك ، فإن كان الاتفاق على الحد قبل انتهاء المدة الأولى فالحكم ما تقدم ، وإن كان بعد انتهاء المدة الأولى أمكن تفسير ذلك بأن بيع الوفاء أصبح باتاً بانتهاء المدة الأولى وأن المتعاقدين اتفقا بعد ذلك على بيع معلق على شرط واقف وحدد لتحقيق الشرط مدة هي مقدار ما مد من الأجل ( م ٤٧٨ مختلط (١) . ولا يجوز في جميع الأحوال أن يضر الاتفاق على مد المدة بحقوق الغير (٢) . فإذا فرض أن المدة التي حدثت أولاً هي سنتان ،

البيع بات ، وتبينت الحكمة من بحثها واتمة تختلف شرط الاسترداد أن المهلة المحددة للاسترداد قد انقضت ينظر أن ينفذ هذا الشرط ، فإنه يكون لها أن تقضى بصحة التصايد على اعتبار أن العقد أصبح بيعاً باتاً ، إذ هذا التصول في طبيعة العقد يتم حتّى يحكم القسانون بمجرد تخلف الشرط ( نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٣ ص ٥٥٦ ) . هذا ولا يوجد ما يمنع ، حتى قبل أن يصبح بيع الوفاء باتاً ، من أن يطلب المشتري تسجيله على اعتبار أنه لا يزال بيع وفاء ، فيرفع دعوى صحة التصايد على هذا الأساس .

(١) كولان وكأينتان ٢ ص ٥٥٤ - ويلعب رأى إلى أن شرط المد يعتبر معداً من جهانبه المشتري بإعادة بيع المبيع البائع ، ومن ثم لا يكون له أثر رجعي ، ولا يضر بحقوق الغير للمكسوبة في الفترة بين المد والاسترداد ( الأستاذ أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٤٨٧ ص ٤٩٥ ) .

وقد قررت محكمة النقض جواز مد المتبايعين للأجل في عبارات يؤخذ عليها إغراقها في الإطلاق ، وكانت في حاجة إلى شيء من التقييد . تنقضت بأن المادة ٣٤٢ مدني ( قديم ) وإن حثت المحاكم من مد الأجل المحدد من الاسترداد ، فإنها لم تلح دون اتفاق المشتري مع البائع على التنازل عن حقه المقرر له بالمادة المذكورة كلياً بالتنازل عن صيرورة البيع باتاً نهائياً ، أو جزئياً بعد الأجل المحدد للاسترداد . والاتفاق على ذلك جائز قبل فوات الأجل المحدد لولا لاسترداد ، كما هو جائز بعد فواته ، دون أن يؤثر ذلك في طبيعة العقد وكونه قصد به أن يكون منه بيع وقال ( نقض مدني ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٣ ص ٦٥٥ - وانظر في انقضاء هذا الحكم الأستاذ سليمان مرقس ص ٤٣٦ ) .

(٢) ويجب تسجيله حتى يتجّ به على الغير التي كسب حقاً بعد الاتفاق على المد ( الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣١٩ ص ٣٦٩ ) .

وفي غضون السنة الأولى رتب المشتري وفاء رهناً على العقار المبيع ، ثم اتفق مع البائع قبل انتهاء الميعاد على مدة سنة ثالثة ، فان الرهن يصبح باتاً بانقضاء السنتين ، لأن الدائن المرتهن بكسب حقه معلقاً على شرط فاسخ يجب أن يتحقق في هذه المدة ، فاذا انقضت ولم يتحقق صار حقه باتاً . أما إذا كسب دائن آخر رهناً على العقار بعد مد الميعاد ولو قبل انتهاء السنتين ، فالميعاد الثاني الممدود هو الذي لا يسرى الميعاد الأول (١) .

#### ٨٤ - كيف تتمتع بالملكية في فرنسا

الفقه . ففريق يذهب إلى أن البائع يستعمل حقه في الاسترداد بعرضه الثمن والمصروفات على المشتري عرضاً حقيقياً ، وفريق ثان يذهب إلى جواز الاقتصاف على العرض القلبي دون العرض الحقيقي ، وفريق ثالث يذهب إلى عدم ضرورة العرض إطلافاً ويكتفي بإظهار البائع للمشتري استعداده أن يدفع له فوراً الثمن والمصروفات فيتم الاسترداد بإرادة مفردة من جانب البائع يعلن بها رغبته في استرداد المبيع مع استعداده لرد الثمن والمصروفات . وبهذا الرأي الأخير يأخذ القضاة في فرنسا ، ويزيد عليه أن الاسترداد على هذا النحو يكون هو نفسه معلقاً على شرط واقف ، ويتحقق الشرط بأن يرد البائع للمشتري فعلاً الثمن والمصروفات ، فان لم يردّها اعتبر الاسترداد كأن لم يكن فيخلص المشتري ملك المبيع باتاً وبأمن بذلك مزاحمة دائي البائع .

أما في مصر فالقضاء والفقه يذهبان إلى الأخذ بهذا الرأي الأخير ، وإلى أن مجرد إظهار البائع استعداده لدفع الثمن والمصروفات كاف (١) . ولكن يحسن

( ١ ) الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامدة تركقرة ٨٨٧ ص ٤٩٦ - ص ٤٩٧ .

( ٢ ) استئناف غنطل ١٧ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٤٣ - ١٩ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٣٧ - قنا الاستئنافية ١٩ سبتمبر سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ١/٤٥ ص ٩٢ - السلسلة ١٨ سبتمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٢٠٩ - جرائمولان ققرة ٢١٢ - دي هلتس ٤ لفظ vente ققرة ٢٩٩ - الأستاذ عهده على عيسى ققرة ٧٨١ - ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يجب إل جانب إبداء الرغبة دفع الثمن فعلاً في الميعاد لوضوح نص المادة ٢٣٨ من المدة بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ ، ولا محل بعد هذا التعليل للاستناد على عبارة المادة ٣٤٤ من القول بنبر ذلك ، لأن المادة الأخيرة في الواقع إنما وضعت خاصة =

إذا أخذ بهذا الرأي ، التمسى مع القضاء الفرنسى فى أن الاسترداد على هذا النحو يكون معلقاً على شرط واقف هو الدفع القعلى ، فإذا لم يتحقق هذا الشرط لم يعتبر البائع قد استرد وأصبح البيع باتاً لعدم الاسترداد ، وبذلك يخلص للمشتري ملك المبيع فلا يزاحه فيه دائنو البائع (١).

٨٥ - الوفاء الذى ترتب على استعمال الوفاء : ترتب على استعمال البائع لحق الاسترداد النتائج الآتية :

أولاً - ينفسخ بيع الوفاء ويعتبر كأن لم يكن ، فتنفسخ تصرفات المشتري وفاء فى المبيع وقد كانت معلقة على شرط فاسخ فتحقق الشرط (٢) ، وتنفسخ تصرفات البائع وقد كانت معلقة على شرط واقف فتحقق الشرط أيضاً .

ثانياً - يصبح البائع مديناً بما يأتى : (١) أصل الثمن . وليس من المحتم أن يكون الثمن الذى يردده البائع هو نفس الثمن الذى دفعه المشتري ، وإن كان هذا هو الذى يقع غالباً . ولكن قد يتفق المتعاقدان على أن البائع يرد ثمناً أكثر أو أقل ،

== لبيان ما يجب على البائع دفعه فوراً (٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية رقم ٢٠) . وانظر أيضاً فى هذا المنهى الأستاذين أحمد نجيب الخلال وحامد زكى فقرة ٥٠٠ .  
واسترداد البائع المبيع إذا كان عقاراً . يمكن فيه التأشير فى هاشى تسجيل عقد بيع الوفاء ، ولا تحصل رسوم نسبية على هذا التأشير بل يسترد البائع نصف الرسوم الفسبية التى دعت منه تسجيل بيع الوفاء ويردها البائع للمشتري . أما إذا أصبح بيع الوفاء باتاً ، ثم اتفق المتبايعان على شرط جديد للاسترداد ، فلا بد منه الاسترداد من تسجيل جديد ، ويستوى فى ذلك أن يكون الاتفاق على شرط الاسترداد الجديد قد اعتبر مطلقاً على واقف أو عهداً بالبيع (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٥٦ ص ٤٣٤) .

(١) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦١ ص ٤٤٠ - وقد كان المشروع التمهيدى لتقنين المدنى الجديد - وهو يقر بيع الوفاء وينظمه كما قدمنا - يتضمن نصاً (م ٢/١٢٣ من المشروع) يقول : « ويجوز للمشتري أن يجدد للبائع مباداً يلزمه فيه أن يعرض المبالغ المنصوص عليها فى الفقرة السابقة عرضاً حقيقياً ، فإذا انقضى المباد ولم يتم البائع بذلك اعتبر فسخ البيع الذى ترتب على استعمال حق الاسترداد كأن لم يكن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١٧٣ ص - ١٧٤ فى الهامش) .

(٢) وذلك فيما عدا التصليح والأخذ بالشفعة والإيجار على الثمن الذى قدمناه (انظر آنفاً فقرة ٨١) .

إلا أنه في حالة اشتراط رد ثمن أكثر يكون هذا موجبا للشك في أن العقد رهن برأ فاحش . وليس على البائع رد فوائد الثمن ، فان المشتري قد استغل المبيع مدة البيع الوفاي ويقوم ذلك مقام الفوائد حتى لا يجمع بين الفوائد والربح . بل إن اشتراط رد الفوائد يعتبر من القرائن على أن بيع الوفاء إنما هو رهن . (٢) المصروفات المترتبة على البيع والتي تترتب على استرداد المبيع . فيرد البائع للمشتري رسوم التسجيل ، ويتحمل مصروفات الاسترداد من نقل المبيع والتأشير على هامش التسجيل وغير ذلك . (٣) للمصروفات الضرورية التي صرفها المشتري غير ما صرفه في صيانة المبيع ، وكذلك في المصروفات النافعة يرد أقل القيمتين ما صرف فعلا وما زاد في قيمة المبيع . ويشترط في المصروفات النافعة ألا تكون فاحشة ، فقد يعتمد المشتري تحسب المبيع تحسباً يعجز البائع عن رد مصروفاته ؛ ففي هذه الحالة يكون البائع غير ملزم بردها وعلى المشتري أن يرد الشيء إلى أصله وينزع منه ما زاد عليه من بناء أو غراس أو غير ذلك (١) .

وليس للمشتري حق امتياز على المبيع ، لأن الاسترداد فسخ للبيع الأول وليس بيعاً جديداً ، ولكن يستطيع المشتري أن يعتبر الاسترداد كأن لم يكن إن لم يستوف الديون المتقدم ذكرها على الرأي الذي نذهب إليه . وللمشتري على كل حال حبس المبيع حتى استيفاء هذه الديون .

ثالثاً - يصبح المشتري مديناً برد المبيع . ولا يرد الثمرات لأنها في مقابل

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن البائع وفائياً لا يلزم إلا يرد المصروفات الضرورية التي صرفها المشتري لحفظ المبيع من التلف أو الهلاك ، وكذلك بالمصروفات التي تزيد قيمة المبيع بقدر ما زاد من قيمته بشرط ألا تكون فاحشة ، وأما المصروفات التي يتفقها المشتري لاستغلال المبيع وفائياً فلا يلزم بها البائع متى كان إنفاقها في مقابل استغلاله لهذا المبيع وقبض ثمراته ( نقض مدني ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩ ) ..

وإذا وقع نزاع بين البائع والمشتري على المبالغ الواجب ردها ولم يكن المشتري محققاً فيه ، كان البائع أن يعرض المبالغ التي يرى نفسه ملزماً بردها عرضاً حقيقياً ويودعها خزنة المحكمة ، وله أن يخضع رسم الإيداع . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان المشتري وفائياً قد رفض قبول عرض الثمن والملحقات بغير مسوغ قانوني ، فإن قيام ورثة البائع بخضوعهم رسم الإيداع من المبالغ المعروضة لا يؤثر في صحة العرض والإيداع ( نقض مدني ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩ ) .

القوائد ، ويستحق منها بنسبة المدة التي بقي فيها بيع الوفاء دون فسخ ، سواء كانت الثمرات طبيعية كحصول الأرض<sup>(١)</sup> أو مدنية كأجرة المنزل . وإذا نقص المبيع ، فإن كان بغير فعل المشتري لم يلزم بشيء ولكن للبائع ببداهة ألا يسترد ، وإن كان بفعل المشتري فهو مسئول عنه .

### (ب) بيع الوفاء في عهد التقنين المدني الجديد

#### ٨٦ - بيع الوفاء باطل - الأعمال التفسيرية للتقنين الجبريد

وما دار في لجنة مجلس الشيوخ : قلنا أن المادة ٤٦٥ من التقنين المدني الجديد تنص على أنه « إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ، وقع البيع باطلا » . وذكرنا أن مشروع التقنين الجديد كان يقر بيع الوفاء وينظمه على غرار التنظيم الذي قدمناه في عهد التقنين السابق . ولكن لجنة مجلس الشيوخ ، عندما نظرت المشروع ، انقسمت إلى رأيين<sup>(٢)</sup> :

(الرأى الأول) ذهب إلى حذف هذه النصوص جملة واحدة ، وعدم النص على بيع الوفاء اكتفاء بأحكام الرهن ، إذ تبين من العمل أن كثيراً من البيوع الوفاائية تستر رهونا حيازية عقارية ، حتى أن المشرع في سنة ١٩٢٣ نص على أن البيع الوفاائي إذا ستر رهناً كان العقد باطلا بوصفه بيعاً أو رهناً . وقد دال أصحاب هذا الرأي على صحة ما ذهبوا إليه بما يأتي : (١) أن بيع الوفاء لا وجود له إلا من الناحية النظرية ، وهو في الحقيقة يهدف إلى تحقيق أحكام الرهن من أيسر السبل . فنظام الرهن بنوعيه يتغنى عنه ، وبخاصة رهن الحيازة . (٢) أن هذا النظام يقضى على مزية حماية الملكية الصغيرة المتمثلة في قانون خمسة الأفدنة ، فيستطيع المرابي عن طريق بيع الوفاء أن يشتري أرض الفلاح الصغير وتخلص له ملكيتها إذا لم يسترد البائع ، وكان لا يستطيع ذلك عن طريق الرهن إذ لا يستطيع الحجز على الأرض وهي لا تزيد على خمسة أفدنة . (٣) أن بيع

(١) ولا يشترط جنيته بالفعل .

(٢) انظر مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ١٦٨ - ص ١٧٦ .

الوفاء بدفع صغار الملاك إلى بيع أموالهم وهم يعتقدون أنهم سيستردونها، والغالب أنهم يمجزون عن ذلك ، فتضيع عليهم أموالهم بأغس الأثمان . (٤) أن البائع في البيع الوفاى لا يستطيع أن يبيع ماله مرة ثانية بيعاً باتاً ، ويستطيع ذلك في الرهن .

( والرأى الثانى ) ذهب إلى الإبقاء على نظام بيع الوفاء ، لأن في حذف هذا النوع من البيوع انعدام بعض التصرفات المقبولة التى جرى عليها العمل . وليس من الصواب القول بأن كل بيع وفاى يستر رهناً ، لأن المشتري في بيع الوفاء الحقيقى يطمع بعد انتضاء المدة في أن يكون مالكا ملكا باتا والبائع يطمع في أن يسترد ملكه ، فاذا حرم البائع من هذا التصرف وألحت عليه الحاجة وكان من صغار الملاك اضطر إلى بيع ملكه بيعاً نهائياً . وما دام القانون قد وضع الضمانات التى رأها كافية لحفظ المالك لصاحبه إذا رد الثمن ، فلا عمل لحذف بيع الوفاء .

وقد قيل من جانب الحكومة في لجنة مجلس الشيوخ ، تأييداً للرأى الثانى ، إنه يجب الإبقاء على بيع الوفاء ، لأن العمل أثبت الحاجة إليه . وفي الإمكان ، حماية لصغار الملاك والفلاحين ، الكشف عن البيوع الوفاية الساترة الرهون ومحاربتها ، كما فعل المشرع المصرى في سنة ١٩٢٣ . وأما ما قيل من أن البائع في البيع الوفاى لا يستطيع بيع ملكه مرة أخرى بيعاً نهائياً فردود ، لأنه يستطيع بيع حقه المعلق على شرط واقف وهذا لا يختلف كثيراً عن بيع ماله المرهون مطلقا بالرهن . والقائلون بالنساء البيع الوفاى لم يثبتوا أن العمل أبان أن بيع الوفاء ضرره أكثر من نفعه . ثم وجهت الحكومة نظر اللجنة إلى أن حذف التصوص المتعلقة ببيع الوفاء من المشروع لا يمنع من تطبيق القواعد العامة ، فيكون هناك بيع وفاء ولكنه غير منظم تنظيماً تشريعياً ، وهذا وضع أسوأ . وليس أمام اللجنة إلا أحد طريقين : إما أن تبقى بيع الوفاء فتستبقى تنظيمه التشريعى ، وبما أن تحمره فتنص على ذلك نصاً صريحاً .

وقد رأت اللجنة تأجيل البت في المسألة حتى تستطلع آراء المزارعين والحامين في شأنها . ثم أعادت اللجنة النظر فيها ، ورأت حذف التصوص



المتعلقة ببيع الوفاء والنص صراحة على تحريره ، لأن عدم النص على هذا التحريم يلح للناس مجالا للتعامل به مستهدين فيه بتطبيق القواعد العامة .

وجاء بعد ذلك في تقرير لجنة مجلس الشيوخ ، تلخيصاً لما دار في المسألة من مناقشات ، ما يأتي (١) : « تناولت اللجنة بيع الوفاء ، وقد رأت بالإجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة حيوية في التعامل ، إنما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان ، تبدأ ستاراً لرهن ، وينتهي الرهن إلى تجريد البائع من ملكه بشئ يخص . والواقع أن من يعمد إلى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع ، بل يحصل عادة على ما يحتاج إليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة . ويعتمد غالباً على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد . ولكنه قل أن يحسن التقدير ، فإذا أخلف للمستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل ، ضاع عليه دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته ، وتحمل غيباً ينبغي أن يدرأه القانون عنه . ولذلك رؤى أن تحذف النصوص الخاصة ببيع الوفاء ، وأن يستعاض عنها بنص عام يحرم هذا البيع في أية صورة من الصور . وبهذا لا يكون أمام الدائن والمدين إلا الالتجاء إلى الرهن الحيازي وغيره من وسائل الضمان التي نظمها القانون وأحاطها بما يكفل حقوق كل منهما ، دون أن يتسع المجال لفن قلما يؤمن جانبه » .

٨٧ - ما الرى يترتب على بطوره بيع الوفاء : فيبيع الوفاء إذن ، في التقنين الملقى الجديد ، باطل . ويمكن تأسيس هذا البطلان على هذا النص الخاص ( م ٤٦٥ مدني ) ، كما يمكن القول إن البطلان هنا راجع إلى أن المشرع قد استحدث تغييراً في نظره إلى النظام العام ، فوجد أن بيع الوفاء - ويقصد به عادة أن يكون ستاراً لتصرف غير مشروع - أمر مخالف للنظام العام ، فيكون باطلا تطبيقاً للقواعد العامة في البطلان (٢) .

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٧٨ - ص ١٧٩

(٢) حل أن القول بأن بطلان بيع الوفاء قاعدة من النظام العام قد يقتضي أن يكون النص الخاص بالبطلان اثر دس ، فيسرى على بيع الوفاء التي أبرمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٢٩ . فأقول إذن أن يقال بأن قاعدة البطلان ، وإن كانت تمت للمصلحة العامة ، لا تعتبر من النظام العام ، وبأن البطلان هنا مؤسس على نص خاص في القانون ( أنظر ما يلي فقرة ٨٩ ) .

وأحكام هذا البطلان هي الأحكام التي تقررها القواعد العامة . فهو بطلان مطلق ، لا تلحقه الإجازة ، ولا يرد عليه التقادم ، ويستطيع أن يتمسك به كل من كان له مصلحة فيه ، ويجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . ولا يترتب عليه أثر<sup>(١)</sup> ، لا فيما بين المتعاقدين ، ولا بالنسبة إلى الغير ، وفقاً للتفصيلات التي أوردناها عند الكلام في البطلان في الجزء الأول من الوسيط . فيجب على المشتري رد المبيع ومغراته إلى البائع ، وله أن يسترد المصروفات الضرورية والمصروفات التافهة ، وذلك كله طبقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن . ويجب على البائع أن يرد للمشتري فوراً ما قبضه من ثمن ولا يعتد بالأجل ، ويكون الرد بموجب قاعدة استرداد غير المستحق . ولا يكون المبيع مثقلاً بأي حق عيني لضمان رد الثمن ، فإن بيع الوفاء جعله القانون باطلاً باعتباره بيعاً أو رهناً . وإذا كان قد سبق تسجيله ، فعند تقرير البطلان يؤثر بذلك على هامش التسجيل .

وفي الفترة السابقة على تقرير بطلان بيع الوفاء ، إذا تصرف المشتري في المبيع ببيع أو رهن ، اعتبر التصرف صادراً من غير مالك وجرى عليه حكمه . أما إذا تصرف البائع في المبيع ، فتصرفه صحيح لأنه هو المالك . وإذا انقضت المدة المحددة للاسترداد ولم يسترد البائع المبيع ، فإن ذلك لا يمنعه من التمسك ببطلان البيع<sup>(٢)</sup> . أما إذا استرد البائع المبيع في المدة المحددة ، فلا عبرة بهذا الاسترداد ، ويرجع المبيع إلى البائع لا بحكم الاسترداد وفسخ البيع ، بل بحكم أن البيع باطل من الأصل كما سبق القول .

ولا يصلح بيع الوفاء ، وهو بيع باطل ، أن يكون سبباً صحيحاً للتقادم القصير . على أن المشتري وفاء إذا باع العين لمشتري حسن النية ، ملكها المشتري الثاني في المنقول بالحيازة ، وأمكن أن يملكها في العقار بالتقادم القصير ، لأن البيع الصادر من المشتري وفاء بيع صادر من غير مالك فيجرى عليه حكمه .

---

(١) ولا يمكن حل بيع الوفاء على أنه يسترد في الحقيقة رهناً فتجوز أحكام الرهن ، فالمقد السائر هنا عقد باطل بحكم القانون فلا يصلح أن يسترد أي تصرف آخر ، وقد قصد المشرع إبطال بيع الوفاء أصلاً سواء باعتباره بيعاً أو رهناً ( أنظر الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ٥٦ ) .

(٢) وقد يفتي المشتري واضعاً يده على المبيع ، كمالك ملكاً باتناً ، بعد انقضاء مدة الاسترداد . ويصلح في هذه الحالة أن يملك المبيع بالتقادم الطويل ، دون التقادم القصير كما سيأتي .

## ٨٨ - تمييز منطقة بيع الوفاء عن البيع المعلق على شرط فاسخ :

ولما كان بيع الوفاء ليس إلا بيعاً معلقاً على شرط فاسخ ، وكان دون سائر البيوع المعلقة على شرط فاسخ بيعاً باطلاً في التقنين المدني الجديد ، لذلك أصبح تمييزه عن هذه البيوع وتحديد منطقته إمرأً بالغ الأهمية ، حتى يختص هو وحده بالعلان .

ولا صعوبة في تمييز الشرط الوفاؤى عن الشرط الفاسخ غير المتعلق بإرادة البائع . ذلك أن الشرط الوفاؤى هو شرط يتعلق حتماً بإرادة البائع ، إذ هو يسترد المبيع متى أعلن إرادته في الاسترداد . فإذا كان الشرط الفاسخ غير متعلق بإرادة البائع ، أو متعلقاً بها وبأمر آخر خارج عنها ، لم يكن هذا الشرط الفاسخ شرطاً وفائياً ، وكان البيع المعلق عليه بيعاً صحيحاً . مثل ذلك أن يبيع موظف داراً له في الاسكندرية ، ويعلق البيع على شرط فاسخ هو : نقله إلى هذه المدينة إذ يحتاج عند ذلك إلى الدار لسكنائها ، فالبيع هنا معلق على شرط خارج عن إرادة البائع ويكون صحيحاً . وإذا باع شخص داراً وعلق البيع على شرط فاسخ هو أن يتزوج ، فالشرط هنا مختلط يتعلق بإرادته وإرادة الزوجة ، فلا يكون شرطاً وفائياً ويكون البيع المعلق عليه بيعاً صحيحاً .

ويدق الأمر عندما يكون الشرط الفاسخ متعلقاً بإرادة البائع . فهناك شرط متعلق بإرادة البائع وليس شرطاً وفائياً فيبقى معه البيع صحيحاً ، وشرط متعلق بإرادة البائع وهو شرط وفائى فيبطل معه البيع . ونرى أن التمييز بين الشرطين يقوم على الاعتبار الآتى : في بعض الأحوال يجعل البائع لنفسه حق الفسخ ليستبقى فسخة من الوقت يتروى فيها كما في البيع مع الاحتفاظ بحق العدول أو البيع المقترون بختيار الشرط (١) ، ففي هذه الحالة يكون الشرط للتروى فيصح ويصح معه البيع . وفي أحوال أخرى يجعل البائع لنفسه حق الفسخ مؤملاً أن يسترد المبيع برد الفسخ ، ففي هذه الحالة يكون الشرط وفائياً فيبطل ويبطل معه

---

(١) أما البيع بشرط التجربة ، فقد يكون بيعاً معلقاً على شرط فاسخ كما سبق للقول ، ولكن الشرط هنا لا يتعلق بإرادة البائع بل بإرادة المشتري ، والقول فيه على كل حال للخبراء لا المشتري في إحدى صورتيه .

البيع . فالشرط الصحيح هو ما كان للثروة ، والشرط الباطل هو ما كان للتمكن من استرداد المبيع .

ويمكن أن نتصور ، بعد أن أصبح بيع الوفاء باطلا ، أن تتحايل الناس لتجنب هذا الحكم باحدى وسيلتين<sup>(١)</sup> : (١) يبيع المالك العين للمشتري بيعاً باتاً ، ثم يبيع المشتري بعقد جديد نفس العين البائع معلقاً البيع على شرط واقف هو أن يسترد الثمن والمصروفات في مدة معينة . (٢) يبيع المالك العين للمشتري بيعاً باتاً ، ثم يبيع المشتري العين لأجنبي بعقد ثان ، ثم يبيع الأجنبي العين للبائع بعقد ثالث معلقاً البيع على شرط واقف هو أن يرد البائع الثمن والمصروفات في خلال مدة معينة . ونمناز هذه الوسيلة الثانية عن الوسيلة الأولى في أنه قد توسط أجنبي ما بين البائع والمشتري ، فجعل الشبهة أبعد<sup>(٢)</sup> . وعندنا أنه إذا اشبه القاضى في حقيقة البيع هل هو بيع وفائى فيطيله ، وجب عليه ألا يقف عند تكييف

(١) وهناك وسيلة أخرى لا يستطيع المتعاملان أن يلجأ إليها ، إذ تقمان مباشرة تحت حظر القانون . الوسيلة الأولى أن يرهن المالك العين عند الدائن ، ويشترط الدائن أن يمتلك العين إذا لم يستوف الدين في الميعاد ، فيصل بذلك إلى النتيجة التي كان يصل إليها ببيع الوفاء . وهذه الطريقة حرمها القانون بنص صريح ، هو المادة ١٠٥٢ مدني في الرهن الرسمي والمادة ١١٠٨ مدني في الرهن الهيازي . والوسيلة الثانية أن يصد المتعاملان إلى إخفاء بيع الوفاء تحت ستار بيع بات لا يوجد فيه شرط وفائى ، ويعبروان بالشرط الوفاوى ورقة ضد فيما بينهما وقد يؤخران تاريخها عن تاريخ البيع البات . وقد كشف القضاء منذ عهد التقنين المدنى السابق عن هذا التحايل ، وأوردنا أمثلة كثيرة تقضى بأن البيع في هذه الحالة يعتبر بيعاً وفائياً ، عاصر فيه الشرط الوفاوى البيع ولو معاصرة ذهنية .

(٢) وهناك صورة يسهل تمييزها عن صورة بيع الوفاء ، وإن كانت بيعاً معلقاً على شرط فاسخ ويتحقق الشرط بإرادة البائع ، يشترط البائع على المشتري أن يكون البيع معلقاً على شرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن أو بفسط منه في الميعاد المتفق عليه . وتتميز هذه الصورة عن بيع الوفاء بأن الثمن فيها مؤجل ، أما الثمن في بيع الوفاء فيكون عادة ممجلاً أو قريب الأجل . ويكون الفسخ في هذه الصورة واجباً إلى أن البائع لم يستوف الثمن ، أما الفسخ في بيع الوفاء فيرجع إلى أن البائع قد استوفى الثمن ثم رده إلى المشتري .

وقد يبيع شخص مينا لآخر ، ويملق البيع على شرط واقف هو ألا يوفى البائع ديناً عليه للمشتري . فهذا ليس ببيع وفاء ، ولكنه بيع قد يتحقق رهناً اشترط فيه انتقال الملك في الرهن إلى الرهنين إذا لم يستوف الدين في الميعاد ، فيكون هنا الشرط باطلاً (استثناء مختلط أول ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ص ٢٦) .

للتابعين للعقد، بل يحل الصفقة أو مجموعة الصفقات ليرى هل الغرض من ذلك هو ضمان رد المبيع إلى البائع إذا رد الثمن فإذا لم يرده خلصت ملكية المبيع للمشتري، فعند ذلك يكون التصرف سائراً لبيع وفاء ويجب عليه الحكم بطلانه . وما يمينه على تبين ذلك القرائن التي كانت في عهد التقنين المدني السابق تتخذ دليلاً على أن العقد رهن لا بيع وفاء . وقد كان المشروع المنهكي للتقنين المدني الجديد - وقد أقر بيع الوفاء ونظمه كما قلنا - يتضمن نصاً في هذا المعنى هو المادة ٦٣١ من هذا المشروع ، وكانت تنص بما يأتي : ١ - إذا ستر بيع الوفاء رهن حيازة عقاريا ، كان العقد باطلا بوصفه بيعاً أو رهناً . ٢ - ويعتبر بيع الوفاء سائراً لرهن حيازي إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بقي المبيع في حيازة البائع بأية صفة كانت . ويجوز بأية طريقة أخرى إثبات الرهن المستتر ، دون الوقوف عند الألفاظ التي وردت في العقد . (١) ونرى أن نسهى ههنا المبدأ ، في الصورتين اللتين قلناهما ، وفيهما صدر البيع معلقاً على شرط واقف إلى البائع من المشتري أو من أجنبي ، إذا سلم المشتري أو الأجنبي المبيع للبائع بالرغم من أن ملكية هذا البائع لا تزال معلقة على شرط واقف ، أو كان على البائع أن يرد الثمن مع الفوائد ، أو قامت قرائن أخرى كأن يرد البائع ثمناً أكبر أو أن تطول مدة التعليق كما يكون عادة في مدة الاسترداد في البيع الوفاي ، سهل على القاضي أن يتبين أن العقد يستر بيع وفاء فيبقى بطلانه (٢).

#### ٨٩ - ليس للتقنين الجديد تقرير أمر رجعي : رأينا أن التقنين المدني الجديد

قد استحدث حكم بطلان بيع الوفاء أصالة من غير تمييز بين بيع جلدى وبيع يستر رهناً، فهذا الحكم الجديد وإن كان يمت للمصلحة العامة لا يعتبر من النظام

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٠ في المباحث .

(٢) وقد يمد المشتري البائع بإعادة بيع المبيع له إذا أبدى البائع رغبته في الشراء في مدة معينة، فتل هذا العقد جائز . وهو يختلف اختلافاً جوهرياً عن بيع الوفاء ، إذ البائع فيه قد تجرد من ملكية المبيع تجرداً نهائياً ، وليس له إلا حق شخصي قد لا يستطيع بموجبه أن يستر المبيع وذلك إذا قصر المشتري فيه قبل أن يبدى البائع رغبته في الشراء . أما في بيع الوفاء فقد استبق البائع على المبيع حق ملكية مطلقاً على شرط واقف ، وهو واثق من استرداد المبيع إذا هو استصل صفه في الاسترداد .

العام ، فلا يكون له أثر رجعي . ويترتب على ذلك أن كل بيع وفاء أبرم قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ يبقى خاضعاً لأحكام التقنين المدني السابق المعدل بالقانون رقم ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٣ ، وتسرى عليه هذه الأحكام فلا يكون باطلاً إلا إذا كان بيعاً بستر رهناً ، وذلك حتى لو لم تكن مدة الاسترداد قد انقضت في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ (١).

أما بيوع الوفاء التي تبرم ابتداء من يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فهذه تخضع لأحكام التقنين المدني الجديد ، ومن ثم تكون باطلة حتى لو لم يثبت أن بيع الوفاء بستر رهناً (٢).

## § ٤ - البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن

### أو الائيجار السائر للبيع

(vente à tempérament — location-vente)

## ٩٠ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣٠ من التقنين المدني

على ما يأتي :

(١) وآخر بيع وفاء يمكن تصوره خاضعاً لأحكام التقنين المدني السابق هو بيع وفاء أبرم في يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ واتفق على أن تكون مدة الاسترداد فيه خمس سنوات . فيجوز في مثل هذا البيع البائع أن يسترد المبيع حتى يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٥٤ ، وبعد هذا اليوم لا يمكن تصوره استرداد صحيح يقع من البائع ( الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥٤ ) . ولكن يمكن قصور نزاع يقوم بعد هذا التاريخ حول استرداد استعمل في حدود هذا التاريخ ، وقد يبق النزاع ستين طويلة منظورا أمام المحاكم ويلزمها فيه تطبيق أحكام التقنين المدني السابق .

(٢) أنظر في هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٣٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥٤ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٠٩ .

• بعض رسائل حديثة في الموضوع : هابير (Habert) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ - فيدور (Fedor) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ - مانويو (Magniaux) رسالة من رون سنة ١٩٣٣ - ميشليه (Michelet) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - سجانيك (Sganek) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - يونج (Yung) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - جيستور =

١٠ . إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع .

٢٠ . فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً ، جاز للمتعاقد أن ينفق على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفف التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ .

٣٠ . فإذا ماوفيت الأقساط جميعاً ، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع .

٤٠ . وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

---

== (Le Mestre) رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ - روسو (Rousseau) رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ - فيلوتريكس (Villoutreix) دراسة اقتصادية وقانونية لبيع السيارات بالتقسيط رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ .

( أنظر في هذا بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٢٥٦ هامش رقم ١ ) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧٠ من المشروع النهائي . وكانت الفقرة الأولى من المادة ٥٧٠ المذكورة تجرى على الوجه الآتي : « إذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية إلى أن يتوفى الثمن كله ، حتى لو تم تسليم المبيع » ، أما الفقرات الثلاث الأخيرة فلا تختلف عما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد إلا في بعض فروق لفظية . وأقرت لجنة المراجعة نص المشروع النهائي ، وأصبح رقم المادة ٤٤٣ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدلت الفقرة الأولى إلى النص الذي استقر في التقنين المدني الجديد ، لأن نص المشروع يورم أن الملكية لم تنتقل بتاتاً من البائع إلى المشتري ، مع أن الواقع أن الملكية تنتقل إلى المشتري ملققة على شرط واقف هو استيفاء الثمن كله ، فعدلت اللجنة النص حتى يؤدي هذا المعنى بوضوح . وحذفت اللجنة من الفقرة الثالثة عبارة « عندئذ » حتى يكون العقد قاطعاً في أن انتقال الملكية يستند دائماً إلى وقت البيع . ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته . ووافق مجلس الشيوخ عليه تحت رقم ٤٣٠ ( مجموعة الأعمال التفسيرية : ص ٤٧ - ص ٤٨ و ص ٥٠ - ص ٥١ ) .

المادة ٣٩٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤١٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٣٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني لا يوجد مقابل للنص (١) .

٩١ - تطبيقات عملية : يقع كثيراً أن يبيع شخص عيناً بشمن مقسط ، وحتى يستثنى من أن المشتري يوفى الثمن ونحوها من إصااره يشترط أن يحتفظ بملكية البيع فلا تنتقل بآته إلى المشتري حتى يقوم بوفاء جميع أقساط الثمن . وأكثر ما يقع ذلك في بيع السيارات والآلات الميكانيكية والدراجات وماكينات الخياطة والراديوهات والبيانوهات والآلات الكاتبة والبرادات ( الثلاجات ) والفسالات ونحو ذلك من المنقولات . وقد يقع أيضاً في بيع المحلات التجارية والأراضي والدور والقيلات . فيجمع إلى أصل الثمن فوائده ، ويقسم المجموع أقساطا متساوية على عدد من الشهور أو السنين ، إذا وفاها المشتري جميعها خلصت له ملكية المبيع (٢) .

#### (١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٩٨ ( مطابقة المادة ٤٣٠ من التقنين المدني المصري - أنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩١ - فقرة ٩٣ ) .  
التقنين المدني الليبي م ٤١٩ ( مطابقة المادة ٤٣٠ من التقنين المدني المصري ) .

التقنين المدني العراقي م ٥٣٤ ( مطابقة مع نص المشروع المجهول المادة ٤٣٠ من التقنين المدني المصري والأحكام واحدة في التقنينين - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٤١ - فقرة ١٤٣ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٢ - فقرة ٥٩ و فقرة ٣٠٢ - فقرة ٣٠٤ ) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : ليس فيه نص مقابل ، ولكن نص التقنين المصري ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بأحكامه في لبنان .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التهيئة في هذا الصدد : « تجوز المادة أن يشترط البائع ، إذا كان الثمن مؤجلاً ، أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفى كل الثمن ، حتى لو سلم المبيع قبل ذلك . وهذا ضمان تلجأ إليه عادة الشركات التي تباع سلمها بالتقسيط - كالألات و عربات النقل وكالأراضي التي تباع بأمان مقسطة - فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى الثمن أبلغ في ضمان من فسح البيع بعد أن تكون الملكية قد انتقلت » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩ ) .

وأنظر في المناجحتين الاجتماعية الاقتصادية لهذا البيع ، وفي انتشاره في أمريكا ، وفي أنه يسمى =



وأول صورة لهذا البيع كانت هي البيع بالتقسيط (vente à tempérament). ثم تدرج التعامل من هذه الصورة إلى صورة الإيجار السائر للبيع-location (vente). وهو الآن في سبيله إلى التدرج نحو صورة ثالثه هي الإيجار المقترن بوعده بالبيع (location complétée par une promesse de vente). ونستعرض هذه الصور الثلاث التي وقف منها التقنين المدني الجديد عند الصورتين الأوليين، لأنهما هما الصورتان، الأكثر انتشاراً.

٩٢ - البيع بالتقسيط : عرضت الفقرات الثلاث الأولى من المادة ٤٣٠ مدني، كما رأينا، لحالة البيع بالتقسيط. فإذا باع تاجر عينا - سيارة أو آلة كاتبة أو راديو أو غير ذلك - بشمن مؤجل واجب الدفع في ميعاد معين، أو بشمن مقسط أقساطاً متساوية على النحو الذي قدمناه، واشترط البائع على المشتري أن يكون البيع معلقاً على شرط واقف هو وفاء المشتري بالتقسيط المؤجل في الميعاد المحدد أو وفاؤه بالأقساط جميعاً في المواعيد المتفق عليها، فإن البيع بهذا الشرط يكون صحيحاً. ويجب إعمال الشرط، حتى لو سلم البائع المبيع للمشتري قبل استيفاء الثمن أو قبل استيفاء أى قسط من أقساطه.

وفي هذه الحالة تنتقل ملكية المبيع معلقة على شرط واقف إلى المشتري، ويستبقى البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ<sup>(١)</sup>. وكل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ هنا حادث واحد، هو أن يوفى المشتري بالتقسيط أو بأقساطه في الميعاد المحدد. فإذا فعل تحقق الشرط الواقف وانتقلت الملكية بآثار رجعي

---

== السبيل لنزوى الموارد المحدودة إلى الحصول على سلع ما كانوا يحصلون عليها لو كان الثمن واجب الدفع فوراً، ولكنه يخلق في الوقت ذاته حاجات جديدة للناس، ويدفع التاجر إلى رفع سعر السلعة حتى يربحها استمال إصدار المشتري وبخاصة في أوقات الانكماش الاقتصادي : جوسران ٢ فقرة ١٠٢٢ - فقرة ١٠٢٣.

(١) وقد احتفظ بها بموجب الشرط (clause de reservati domini - pactum reservati domini) : أنظر استئناف مختلط ٢٧ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٥ - ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ص ٢٠٠ - ٤ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٢ - وقد يشترط البائع - دون أن يحتفظ بملكية المبيع - ألا يتصرف المشتري في البيع قبل الوفاء بشئ، ما لم يوفى المشتري من المشتري بالتقسيط (استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٣ ص ٢٠٨).

إلى المشتري ، وتحقق في الوقت ذاته الشرط الفاسخ وزالت الملكية عن البائع بأثر رجعي أيضاً (١). ومن ذلك نرى أن البيع بالتقسيط هو صورة معكوسة لبيع الوفاء ، إذ في بيع الوفاء يكون البائع هو المالك تحت شرط واقف والمشتري مالك تحت شرط فاسخ .

وقبل تحقق الشرط يكون المشتري ، كما قدمنا ، مالكا للمبيع تحت شرط واقف . ولا يمنع من وقف ملكيته أن يكون قد تسلم المبيع ، فالذي انتقل إليه بالتسليم هو حيازة المبيع ، أما الملكية فانتقلت إليه بالبيع موقوفة . ولكن ذلك لا يمنع المشتري من أن يتصرف في هذه الملكية الموقوفة ، ويكون تصرفه هو أيضاً معلقاً على شرط واقف . فيجوز له أن يتصرف في المبيع بالبيع والرهن ، ويكون المشتري من المشتري مالكا تحت شرط واقف ، كما يكون للمرتن حق رهن معلق على شرط واقف . وإذا كان المبيع متقولا - كما هو الغالب - وتصرف فيه المشتري تصرفاً باتاً لمشتري حسن النية لا يعلم أن ملكية المشتري معلقة على شرط واقف ، فقد تملكه المشتري من المشتري تملكاً باتاً بموجب الحيازة (٢).

(١) ويلاحظ أن البيع لو كان باتاً غير معلق على شرط واقف ، وتأخر المشتري عن دفع الثمن ، جاز للبائع أن يطلب فسخ البيع . ولكن هذه الصورة تختلف عن الصورة التي نحن بصدها في أسرين : ( أ ) الملكية في البيع البات تنتقل إلى المشتري ملكية باتة ، أما في البيع المعلق على شرط واقف فلا تنتقل إلا معلقة على هذا الشرط . ( ب ) ثم إن الملكية الباتة التي انتقلت إلى المشتري في البيع البات لا تنسخ من تلقاء نفسها بمجرد عدم وفاء المشتري بالثمن ، بل لا بد من حكم بالفسخ ، والقاضي غير مجبر على فسخ البيع بل يجوز أن يمنح المشتري مهلة لدفع الثمن وفقاً للقواعد المقررة في فسخ العقد . أما في البيع المعلق على شرط واقف فبجرد تأخر المشتري في الوفاء بالثمن يمتنع تخلفاً للشرط ، فيجبر البيع كأن لم يكن دون حاجة إلى حكم وفقاً للقواعد المقررة في الشرط .

ولا يوجد ما يمنع من أن البيع ، بدلا من تعليق على شرط واقف ، يكون معلقاً على شرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن . فننتقل الملكية إلى المشتري معلقة على شرط فاسخ ، وإذا لم يفت بالثمن يتحقق الشرط الفاسخ فيؤول البيع بأثر رجعي دون حاجة إلى حكم . وهذه الصورة الأخيرة - وهي التي قلنا إنها تشبه ببيع الوفاء فيما قدمناه ( أنظر آتياً فقرة ٨٨ في الماشي ) - تختلف عن البيع البات القابل للفسخ في أن إنفساخ البيع فيها يكون من تلقاء نفسه بمجرد تحقق الشرط الفاسخ وفي البيع البات يكون الفسخ بمحكم ، وفي أن الذي ينتقل إلى المشتري فيها ملكية معلقة على شرط فاسخ وفي البيع البات تنتقل إلى المشتري ملكية باتة .

(٢) استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٢ - بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٧ ص ٢٥٧ .

ولا يعتبر المشتري في هذه الحالة مبدداً، فالتبديد يقتضي قيام عقد معين - الإيجار أو العارية أو الوديعة أو الرهن - وليس البيع بالتقسيط من بين هذه العقود (١). ولو أفلس المشتري، والشرط لا يزال معلقاً، كان الباقي من الثمن ديناً في التفليسة يزاحم فيه البائع سائر دائي المشتري إذ لا يكون امتياز البائع سارياً في حق التفليسة ولا يستطيع البائع من جهة أخرى أن يسترد المبيع من التفليسة (٢). فهذان أمران يجريان على غير ما يشتهي البائع : عدم اعتبار المشتري مبدداً إذا تصرف في المبيع ، وعدم استطاعة البائع استرداد المبيع عيناً من التفليسة .

وإذا تحقق الشرط، ووفى المشتري بالثمن ، فقد صار مالكاً للمبيع هو وشرائه منذ البداية ، وزال عن البائع ملكيته للمبيع بأثر رجعي. أما إذا تخلف الشرط، وتأخر المشتري عن دفع الثمن ، فإن ملكية المشتري التي كانت معلقة على شرط واقف تزول بأثر رجعي لعدم تحقق الشرط (٣) ، وتعود الملكية بانه إلى البائع منذ البداية إذ أن البيع يعتبر كأن لم يكن. ولا يحتاج البائع في ذلك إلى حكم بزوال البيع ، فإن تخلف الشرط الواقف وحده كاف في ذلك وفقاً للقواعد المقررة

---

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٧ ص ٢٥٧ - نقض فرنسي جنائي ١٨ أكتوبر سنة ١٩٣٤ سيرة ١٩٣٦ - ١ - ٣٩ - أول يونيو سنة ١٩٣٥ جازيت دي باليه ١٩٣٥ - ٢ - ٣١٥ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ جازيت دي باليه ١٩٣٧ - ١ - ١٣٦ .

ويلاحظ أن المادة ٤٢ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ ، في مصر ، قضت بأنه يحظر على المشتري ، بدون إذن سابق من البائع ، أن يتصرف بأي نوع من أنواع التصرفات في السلع موضوع التقسيط قبل الوفاء بشئها . ونصت المادة ٤٥ من نفس القانون على العقوبة ، وهي الحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور والغرامة التي لا تتجاوز مائة جنيه أو إحدى هاتين المقويتين . فهذا القانون قد خلق إذن جريمة جديدة هي جريمة التصرف في الشيء المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن ، ولكن هذه الجريمة لا تكون إلا في البيوع التجارية ويشترط فيها أن تكون حرة البائع هي البيع بالتقسيط ( أنظر الأستاذ إسماعيل غانم ص ٧٤ - ص ٧٥ ) .

(٢) أنظر المادة ٣٥٤ من التقنين التجاري - الأستاذ عبد المنعم اليدراري فقرة ٦١ - ٦٢ وفقرة ١٨١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٧ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨ - أنسيكلويدى دالو ٢ لفظ location - vente فقرة ٢٨ - فقرة ٣٠ .

(٣) زوال ملكية المشتري لعدم تحقق الشرط الواقف هو التعبير الصحيح ، والتعبير في هذا المقام بلفظ « الزوال » أدق من التعبير بلفظ « الفسخ » الذي ورد في الفقرة الثانية من المادة ٣٠ مدني .

في الشرط (١). والباقي في هذه الحالة أن يطالب المشتري بتعويض ، وبغلب أن

(١) على أنه من الممكن القول بأن البائع بالتأخير ، فلما أن يعتبر أن الشرط الواقف قد تخلف نزول البيع كما قدنا ، ولما أن يتخذ على أموال المشتري بالباقي من الثمن ويكون له على المبيع بالذات حق امتياز البائع . وإمكان اختياره لتنفيذ باقي الثمن يؤسس على أنه قد نزل عن الشرط وهو مفرد لمصلحته فيجوز له الزوال عنه . وقد يقال أيضاً إن البائع أن يعتبر تخلف الشرط الواقف راجعاً إلى تمتد المشتري فقد امتنع عن الوفاء بالثمن ، فيكون الشرط في حكم المتحقق ويصبح البيع بائناً ويجوز للبائع أن يفذه الباقي من الثمن .

وتصرح المذكرة الإيضاحية بجواز أن يطالب البائع بتنفيذ البيع بدلا من المطالبة بفسخه (الأذن : بدلا من المطالبة بزواله ) فنقول : « وفي عن البيان أن البائع يستطيع ، بدلا من المطالبة بفسخ البيع ، أن يطالب بتنفيذ العقد ، فيقتضى من المشتري ما بقي في ذمته من الأقساط . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩ ) . والفقهاء المصري أيضاً يقول بذلك : أنظر الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٣٤ ص ٢٢٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٨٥ ص ١٣٠ - الأستاذ عبد المنعم بدرأوى فقرة ٦١ ص ٨٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١ ص ٢١ - الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٢٤٧ .

وعلى هذا الرأي أيضاً سار القضاء . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البائع أن يطالب بتنفيذ البيع مع احتفاظه بشرط استبقاء الملكية ( ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٩ - ولكن قارن ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٢ ) . وإذا طلب التمسك لم يحتفظ بما قبض من أقساط ولكن له أن يطلب تمويضا يراعى فيه قيمة الشيء وقت استرداده ( استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٢ وقد سبقت الإشارة إليه ) ، فإذا حيز على المبيع للتنفيذ بالثمن فقد نزل عن حقه في استبقاء الملكية ( استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٤٩ ) . على أن مجرد حصول البائع على حكم بالباقي من الثمن لا يفيد حتى نزوله عن شرط استبقاء الملكية ( استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢١ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٩٢ - ٩ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٩ ص ٣١٥ ) . فإذا اختار تنفيذ الحكم بالباقي من الثمن لم يجز له الرجوع إلى المطالبة بفسخ البيع ( استئناف مختلط ٦ فبراير ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٥٦ ) . ولا يجوز له اتخاذ إجراءات التنفيذ وإجرات الفسخ في وقت واحد ( استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٠ ) . ولكن التنبية لا يعتبر حتى زولا عن طلب الفسخ ، فلبائع العود عن التنبية بالدفع إلى طلب الفسخ ( استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٢٨ ص ٢٤٠ ) . أما توقيع الحيز فيعتبر زولا عن المطالبة بالفسخ ( استئناف ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٤٠ وقد سبقت الإشارة إليه ) .

أما في فرنسا فيجوز القضاء والفقهاء ، في الإيجار المسافر البائع ، أن يعدل للمستأجر عن الصفقة ، فيرد الشيء إلى المؤجر ، ويعتبر الأقساط التي دفعها أجرة في مقابل انتفاعه بالشيء ، ولا يستطيع المؤجر إجباره على المضي في الصفقة ودفع بقية الأقساط ليعتبر الإيجار يما ( نقض مدني فرنسي أول يولي سنة ١٩٢٥ سبويه ١٩٢٦ - ١ - ٣٦١ - أنسيكلوبيدي دالجز ٣ لفظ location-vente فقرة ١٧ ) .

يكون قد اشترط في عقد البيع أن يكون التعويض هو احتفاظه بكل أو بعض الأقساط التي يكون قد استوفاهما. ويعتبر هذا الشرط شرطاً جزائياً تأسري عليه أحكام الشرط الجزائي، وأهم هذه الأحكام - وهو ما تشير إليه الفقرة الثانية من المادة ٤٣٠ مدني - أنه يجوز للقاضي تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه . ويكون مبالغاً فيه إذا كان المشتري قد وفى عدداً كبيراً من الأقساط بحيث يكون احتفاظ البائع بها يزيد كثيراً على الضرر الذي لحقه من جراء عدم استيفائه الباقي من الثمن (١) . ففي هذه الحالة يحكم للقاضي بإرجاع بعض هذه الأقساط إلى المشتري ، ويحفظ البائع من الأقساط التي استوفاهما بما يكفي لتعويضه (٢) .

### ٩٣ - الإيجار السائر للمبيع : وحتى يتجنب البائع المخطورين اللذين

أشرنا إليهما - عدم اعتبار المشتري مبدئاً إذا تصرف في المبيع قبل الوفاء بالثمن وعدم استطاعة البائع استرداد العين من تفلية المشتري - يعمد في كثير من الأحيان أن يخفى البيع بالتسيط تحت ستار عقد الإيجار ، فيسمى البيع إيجاراً . وغرضه من ذلك ألا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد العقد ، حتى هذه الملكية المتعلقة على شرط واقف والتي كانت هي المانعة من اعتبار المشتري مبدئاً ومن استرداد البائع للمبيع من التفلية . فيصف المتعاقدان العقد بأنه إيجار ، ويصفان

(١) ويبدو أنه ما دام التخفيض جائزاً تبعاً لجسامة الضرر ، فإن وجود الضرر نفسه يكون شرطاً لاستحقاق البائع أي جزء من الأقساط المرفوعة . فإن لم يصبه أي ضرر وجب عليه رد كل الأقساط ( قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٤٤ ص ٦٩ - ص ٧٠ - الأستاذ عبد المسم الجداوي فقرة ١٧٩ ص ٢٥٩ - ص ٢٦٠ ) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويجوز المادة أن يشترط البائع ، في حالة عدم سداد الأقساط وفسخ البيع تبعاً لذلك ، أن يستبقى الأقساط المدفوعة ( وهي جزء من الثمن ) كل سبيل التعويض . إلا أن المشروع كيف هذا الاتفاق بأنه شرط جزائي ، وأجاز تخفيضه تطبيقاً للقواعد التي قررت في هذا الشأن ( ٣٠٢ م فقرة ثالثة من المشروع ) ، حتى يمنع التصف الذي يقع في هذه الأحوال . فقد يحدث أن البائع يكون قد استوفى أكثر الأقساط ، ثم يفسخ البيع لعدم استيفاء ما بقي منها ، ويحفظ بكل الأقساط التي استوفاهما ، وفي هذا حنت كل المشتري يستطيع التفاوض أن يدفعه إذا خفض الشرط الجزائي وقضى بأن يرد البائع بعض هذه الأقساط . وحتى من البيان أن البائع يستطيع ، بدلا من المطالبة بفسخ البيع ، أن يطالب بتفديذ العقد ، فيقتضى من المشتري ما بقي في ذمته من الأقساط » ( مجموعة الأحوال التحضيرية ٤ ص ٤٩ ) .

أقساط الثمن بأنها هي الأجرة مقسطة ، ثم يتفقان على أنه إذا وفى المشتري بهذه الأقساط انقلب الإيجار بيعاً وانتقلت ملكية المبيع بآنة إلى المشتري . وحتى يحكما ستر البائع يتفقان في بعض الحالات على أن يزيد الثمن قليلا على مجموع الأقساط ، فتكون الأقساط التي يدفعها المشتري هي أقساط الأجرة لا أقساط الثمن ، فاذا وفاها جميعاً ووفى فوق ذلك مبلغاً إضافياً يمثل الثمن انقلب الإيجار بيعاً بآنا .

ويحسب البائع بذلك أنه قد حصن نفسه : (١) فهو أولاً وصف البيع بأنه إيجار ، وسلم العين للمشتري على اعتبار أنه مستأجر ، فاذا تصرف المشتري فيها وهو لا يزال مستأجراً أى قبل الوفاء بالثمن ، فقد ارتكب جريمة التبيد ومن ضمن عقودها الإيجار . (٢) وهو ثانياً قد أمن شر إفلاس المشتري ، إذ لو أفلس وهو لا يزال مستأجراً ، فإن البائع لا يزال مالكا للمبيع ملكية بآنة ، فيستطيع أن يسترده من تفضيلة المشتري (١) .

ولكن بالرغم من تلوع المتعاقدين بعقد الإيجار يستران به البيع ، فإن الفرض الذي يريان إلى تحقيقه واضح . فقد قصدا أن يكون الإيجار عقداً سوريا يستر العقد الحقيقي وهو البيع بالتقسيط ، والمبلغ الإضافي الذي جعله المتعاقدان ثمناً ليس إلا ثمناً رمزياً والثمن الحقيقي إنما هو هذه الأقساط التي يسميها أجرة . ومن ثم قضت الفقرة الرابعة من المادة ٤٣٦ مدني بأن أحكام البيع بالتقسيط تسري على العقد ، ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً (٢) . ويترتب على ذلك أن الإيجار السائر البيع يعتبر بيعاً محضاً ، وتسري عليه أحكام البيع بالتقسيط

---

(١) أما إذا هلك الشيء بسبب أجنبي في يد المشتري ، فإنه يهلك من مال البائع . ويستوى في ذلك أن يعتبر العقد إيجاراً إذ البائع يكون مؤجراً فهو مالك الشيء فيهلك عليه ، أو يعتبر بيعاً سلفاً على شرط واقف إذ المالك في هذه الحالة يكون على البائع ولا يكون لتحقق الشرط الواقف أثر رجعي وفقاً للقواعد المقررة في الشرط (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٥٤ ص ١٧٢ - الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني السوري فقرة ٩١ ص ١٢٩) .

ويلاحظ أنه إذا كان البيع سلفاً على شرط واقف وملك المبيع ، فإنه يهلك على البائع ، حتى لو كان قد سلم المبيع إلى المشتري فهلك بعد التسليم . ويتحقق ذلك في صورتين عينييتين : البيع بالتجربة والبيع بالتقسيط .

(٢) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٤٤ ص ٦٨ و ص ٧٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٨٥ ص ١٢٩ و فقرة ١٧ ص ٢٧ - الأستاذ جميل الشراوى فقرة ٥٠ ص ١٣١ - ص ١٣٢ الأستاذ عبد المنعم البدوي فقرة ٦٤ ص ٩٦ - ص ٩٧ و فقرة ٦٥ - فقرة ٦٦ .

التي تقدم ذكرها (١). وأهمها أن تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري معلقة على شرط

(١) وقد حكم التفتين المدني الجديد كما نرى الخلاف في هذه المسألة بنص صريح . فقد كانت مسألة خلافية في عهد التفتين المدني السابق . فذهب رأى إلى أن العقد إيجاب مقترن بشرط فاسخ ومصحوب ببيع معلق على شرط واقف (استئناف مخطط ٢٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥٠ ص ٣٥٠ - ٢٦ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٧٨ - وأنظر في انتقاد هذا الرأي الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١ ص ٢٢ - ص ٢٣ ) . وذهب رأى إلى اعتبار العقد مركباً يهدف إلى غرضين مختلفين في وقت واحد ، نقل الملكية إلى المشتري وتأمين البائع من إفساره ، ولا يمكن الفصل ما بين الغرضين دون أن نشوه إرادة المتعاقدين ، ومن ثم يكون العقد عقداً غير مسمى ( رسالة الأستاذ الشفي فقرة ٦٥ ص ٨٦ ) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن حقيقة العقد بيع لا إيجاب ( ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٨٩ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٧ ) ، ولكنه بيع احتفظ فيه البائع بالملكية حتى التوفاء بالتمن ( استئناف مخطط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٠ - ٢٥ يناير ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٨٢ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٢ - ٢٩ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٥٢ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٨ ص ٣٠ - ٢ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٤ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٤ ) . ويجب أن يكون العقد واضحاً في أنه بيع مع احتفاظ البائع بالملكية حتى التوفاء بالتمن ، فلا يتضمن شروطاً متعارضة ( استئناف مخطط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٥٩ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٥ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٦ ) ، ولا يستخلص من مجرد أن البائع قد اشترط حلول الباقي من الأقساط إذا تأخر المشتري في دفع قسط ( استئناف مخطط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٥ وقد سبق الإشارة إليه ) . ولا يجوز للبائع ، إذا تأخر المشتري في الدفع ، أن يبيع المبيع بدون ترخيص من القضاء ولو كان ذلك مشروطاً في العقد وأن يحفظ في الوقت ذاته بالأقساط المدفوعة ( استئناف مخطط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٨٢ ) . وإذا احتفظ البائع بملكية آلة زراعية ، منع ذلك من أن تصح هذه الآلة عقاراً بالتخصيص في أرض المشتري ( استئناف مخطط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٧ ) . والبائع المحتفظ بملكية المبيع ، إذا تأخر المشتري في دفع الأقساط ، أن يجر على المبيع حيزاً (saisie - revendication) ( استئناف مخطط ٢٥ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٥٦ ) .

وذهب محكمة النقض إلى أن تكليف العقد حل هو بيع أو إيجاب يتبع فيه قصد المتعاقدين ، وتستخلص محكمة الموضوع هذا القصد استهدى بنصوص العقد . فقضت بأن التكييف القانوني للعقد المصطلح على تسميتها في فرنسا باسم location-vente لا يزال موضع خلاف بين المحاكم والقضاء ، فإذا اعتبر قاضي الموضوع عقداً من هذا القبيل فقد بيع ، استهدى في ذلك بنصوص العقد وسظواهرها . منها حقيقة قصد المتعاقدين وقت التعاقد بحيث لم يقع منه تخيف لأي نص من نصوصه ولا منسج لحكم من أحكامه ، بل كل ما فعل إنما هو تغليب لمن من المعاني الواردة به على معنى آخر ، فإن محكمة النقض لا تستطيع سوى إقرار ما ذهبت إليه ( نقض جنائي ٢١ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٢٠٦ ) .

واقف منذ إبرام العقد . وانتقال الملكية إلى المشتري على هذا النحو يترتب عليه أنه إذا تصرف المشتري في المبيع قبل الوفاء بالثمن لم يعتبر مبدداً ، وأنه إذا أفلس المشتري (١) لم يستطع البائع أن يسترد المبيع من التفليس (٢) .

٩٤ - **الرجاء المفترضة بوعده بالبائع** : وقد لا يتحدث المتعاقدان عن بيع أصلاً في عقد الإيجار ، فيصدر العقد على أنه إيجار محض ، ولكنه مقترن بوعده بالبائع من المؤجر إذا أبدى المستأجر رغبته في الشراء خلال مدة الإيجار . ونرى في هذه الحالة التمييز بين فرضين .

( الفرض الأول ) أن يكون المتعاقدان يريدان في الحقيقة بيعاً بالتقسيط منذ

(١) لكن إذا حيز دائر المشتري حل العين ، فإن البائع يستطيع أن يفسخ البيع ، كما أن له حق امتياز حل العين يتقدم به حل دائر المشتري . أما إذا اعتبر البائع مؤجراً ، فإنه يبق مالكا للعين ، ويكون الحيز الموقع من دائر المستأجر حيزاً باطلاً ( أنيسكلويدي دالورز ٣ لفظ location-vente - ٣٢ - ٣٤ ) . فإذا كان دائر المشتري هو مؤجر المكان التي وضعت فيه العين ، فإن له امتيازاً يسبق امتياز البائع ولو اعتبر هذا البائع مؤجراً ، إذ القائمة أن مؤجر المكان له امتياز على المقولات في العين المؤجرة حتى لو كانت هذه المقولات ملكاً للغير ما دام المؤجر حسن النية ( أنيسكلويدي دالورز ٣ لفظ location - vente - ٣٥ ) .

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد : « وقد حكم المشروع إشكالا بإبراده هذا النص ، فقد جرت العادة أن البيع الذي يبرم حل هذا النحو يسميه المتعاقدان إيجاراً إسماعاً من البائع في ضمان حقه ، إذ هو بذلك يستوفى الأقساط أجرة لاثماً ، وإذا ما تصرف المشتري في المبيع عد هذا منه تبديداً . فأقر المشروع الأمور في نصائها ، وسمى الأشياء بأسمائها حتى لو سميت باسم آخر ، فهذا العقد بيع لا إيجار ، ويعتبر مطلقاً على شرط واقف هو سداد الأقساط جميعها ، فإذا ما سددت انتقلت الملكية إلى المشتري منسجمة إلى وقت البيع » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩ - ص ٥٠ ) .

أما في فرنسا - حيث لا يوجد نص مماثل للنص الذي أوردته التفتين المدني المصري الجديد مقتباً إياه من المادة ٤٤٥ من التفتين المدني الألماني والمادة ٣٣١ من المشروع الفرنسي الإبطال ( أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩ ) - فيعتبر الإيجار السائر البيع إيجاراً فيما بين المتعاقدين فيكون المشتري مبدداً إذا تصرف في المبيع قبل الوفاء بالثمن ، ولكن بالنسبة إلى دائر المشتري يعتبر بيعاً فلا يستطيع البائع أن يسترد المبيع من تفليس المشتري (أنظر بلايول وريبير وهامل ١٠ - ٢١٩ - بلايول وريبير وهامل ٢١٩ - ٢٤٣٥ - ٢٤٣٦ - أنيسكلويدي دالورز ٢ لفظ location - vente - ١٠ - ٢٠ ) .



البداية . وآية ذلك أن يجعل المؤجر الوعد بالبيع الصادر منه معلقاً على شرط وقاء المستأجر بأقساط الإيجار في مواعيدها ، وأن يجعل الثمن في حالة ظهور رغبة المستأجر في الشراء هو أقساط الإيجار وقد يضاف إليها مبلغ رمزي . ففي هذا الفرض يكون العقد بيعاً بالتقسيط لإيجاراً ، ويعتبر المشتري مالكا تحت شرط واقف ، فلا يكون مبدداً إذا هو تصرف في المبيع قبل الوفاء بالثمن ، ولا يستطيع البائع استرداد المبيع من تفليسه المشتري (١) .

( الفرض الثاني ) أن يعقد المتعاقدان إيجاراً جدياً يقترن به وعد بالبيع . فيؤجر المالك داراً أو سيارة لآخر مدة معينة بأجرة تدفع أقساطاً ، ويعد المالك المستأجر في عقد الإيجار بأن يبيع منه الدار أو السيارة إذا هو أبدى رغبته في شرائها في خلال مدة الإيجار . ويكون للعين الموعود ببيعها ثمن جدى مستقل عن أقساط الأجرة ، ويتناسب هذا الثمن مع قيمة العين (٢) ، وتكون الأقساط التي يدفعها المستأجر هي أقساط لأجرة حقيقية وليست أقساط الثمن . ففي هذا الفرض يكون العقد إيجاراً لا بيعاً بالتقسيط ، فلا تنتقل الملكية إلى المستأجر ، وإذا تصرف المستأجر في السيارة التي استأجرها كان مبدداً ، وإذا أفلس استرد المؤجر السيارة من تفليسه . فإذا ما أظهر المستأجر رغبته في شراء العين ، انتهى

---

(١) أنظر عكس ذلك في فرنسا بلانيول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٢٢٠ ص ٢٦١ . ولكن أنظر في أن العقد قد يكون ييماً معلقاً على شرط فاسخ كولان وكايفان ٢ فقرة ٨٣٥ ص ٥٥٨ - وقد صدرت في فرنسا قوانين مختلفة تنظم بعضاً من هذه البيوع : أنظر قانون ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ في تنظيم بيع السيارات بالتقسيط ، وقد جعلت أحكامه تسمى على بيع الجراروات الزراعية بموجب قانون ٢ نوفمبر سنة ١٩٤١ . وأنظر قانون ١٢ مارس سنة ١٩٠٠ في تنظيم بيع الأوراق المالية بالتقسيط ، وقانون ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ في تحريم بيع الأوراق المالية ذات « اليانصيب » ( valeurs à lots ) بالتقسيط لما تنطوي عليه عادة من استغلال للمشتري ، وجعلت العقوبة في هذا القانون هي مقوبة التنصب - وقارن في مصر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ في شأن بعض الجرع التجارية ، وقد خلق جريمة جديدة هي جريمة التصرف في الشيء المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن ( أنظر آتياً فقرة ٩٢ في الهامش ) .

أنظر في بيع قريب من البيع بالتقسيط هو البيع عن طريق الاشتراك ( vente par abonnement ) كالاشتراك في الجرائد والمجلات والمياه والغاز والنور ، بلانيول وريبير ويولانجه ٢ فقرة ٢٤٣٨ . (٢) الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٢٤ ص ٢٢٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي

عقد الإيجار ، وتم عقد بيع ينقل الملكية إلى المشتري من وقت ظهور الرغبة ولا يستند بأثر رجعي إلى وقت الإيجار . وزال التزام المستأجر بدفع أقساط الأجرة ، وحل محله التزام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه ، ويكون الثمن مضموناً بحق امتياز على المبيع .

### § ٥ - البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير

(vente avec faculté d'élire command — avec déclaration de command — avec éléction d'ami)

#### ٩٥ - الصور العملية لهذا البيع : يقع في العمل أن شخصاً يريد شراء

شيء معين ، ولكنه لا يريد أن يظهر نفسه مشترياً ، إما لعدم رغبته في ذبوع الخبر لسبب خاص به ، وإما لخشيته من أن البائع إذا علم أنه هو المشتري يطلب ثمناً عالياً لعلمه أنه رجل ثري ، أو أن له مصلحة بارزة ، أو حاجة ملحة ، لإتمام هذه الصفقة . فيعتمد من يرغب في الشراء إلى إخفاء اسمه ، ويكلف صديقاً أو وسيطاً أن يتقدم هو لشراء الشيء على أن يشترط لنفسه حق التقرير بالشراء عن الغير . ولا تنزع النيابة العادية لهذه الصورة من صور التعامل ، إذ لو أن الوسيط تقدم وكيلاً عن المشتري لا تكشف اسم الموكل ، والموكل يريد كتمان اسمه كما قدمنا . كذلك لا يتسع التعاقد بمسخر أو باسم مستعار prête-nom ، إذ لو تقدم الوسيط للشراء باسمه الشخصي كوسيط مسخر ، لوقع العقد له هو ، ولاحتاج في نقل ملكية الشيء لمن وسطه في الشراء إلى عقد بيع جديد برسوم جديدة ، ولا نقلت الملكية إلى هذا الأخير متقلة بالحقوق العينية والتكاليف الآتية من جانب الوسيط . لم يبق إذن إلا أن يشتري الوسيط الشيء باسمه مع احتفاظه بالحق في أن يقرر في مدة يتفق عليها أنه اشترى لشخص يعلن اسمه ، متى أعلن الاسم وقع البيع مباشرة لهذا الشخص الآخر ، ويعتبر الوسيط نائباً عنه في الشراء . فإذا لم يعلن الوسيط اسم أحد في المدة المقيمة ، بقى البيع باسمه واعتبر أصيلاً في الشراء لا نائباً .

ويجوز أن يكون للبيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير صور عملية أخرى .

منها أن شخصاً يعلم بحاجة شخص آخر إلى شراء شيء معين ، ولا يتسع الوقت أو لا توافي الظروف أن يطلب إليه تفويضاً في شراؤه ، فيقدم على شراء الشيء باسمه مع الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير ، ثم يعرض الصفقة بعد ذلك على الشخص الآخر ، فإن قبلها قرر المشتري أنه اشترى باسم هذا الشخص الآخر ، وإلا استبقى الصفقة لنفسه . ومن صور هذا البيع أيضاً ألا يكون عند المشتري فكرة واضحة عن شخص آخر يشتري له الصفقة ، فيشتري الصفقة باسمه مع الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير ، ثم ينظر بعد ذلك فقد يجد الشخص الملائم الذي يريد الصفقة فيعلن اسمه ، أو يجد الخير في استبقاء الصفقة لنفسه . ومن صور هذا البيع أخيراً صورة خاصة نصن عليها تقنين المرافعات وسيأتي تفصيلها فيما يلي :

ومن ذلك نرى أنه حتى يكون هناك بيع مع التقرير بالشراء عن الغير ، يجب توافر شرطين :

- (١) أن يحتفظ المشتري عند الشراء - لا بعده - بحقه في التقرير بالشراء عن الغير (faculté d'élire command) (١) .
  - (٢) أن يتفق مع البائع على مدة يعلن المشتري في خلالها اسم من اشترى له الصفقة، فإن لم يفعل بقيت الصفقة له . وتكون هذه المدة في العادة مدة قصيرة، حتى لا يبقى البائع معلقاً مدة طويلة لا يدري أبايع للوسيط أم باع لغيره (٢) .
- ومجوز أن يكون الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير في أي بيع ، سواء كان بيعاً بالممارسة أو بيعاً بالمزاد (٣) . ولم يرد فيه نص في التقنين المدني

---

(١) فيقرر أنه يشتري لنفسه أو لغيره ، وقد يقرر أنه يشتري لنفسه ولغيره وهذا لا يلزم بأن يستبقى لنفسه جزءاً من الصفقة (بودري وسيثيا فقرة ١٧٦ ص ١٧٥) . ويستثنى من هذا الشرط الصورة الخاصة التي نص عليها تقنين المرافعات كما سئى .

(٢) بودري وسيثيا فقرة ١٨٣ - بلانويول وديبير وهامل ١٥ فقرة ٢١٣ .

(٣) بل إن هذا الضرب من التعامل بدأ في العقود بالمزاد أمام القضاء ، وانتقل منها بعد ذلك إلى العقود بالممارسة (كولان وكاييتان ٢ فقرة ٨٣٦ ص ٥٥٨) . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم تقديمها قد قضت بأن التقرير بالشراء عن الغير لا يجوز إلا في البيوع القضائية استثناف مختلط ٢٨ فوجبر سنة ١٨٨٩ م ٢٥ ص ٢٥٠) . ولكنه يجوز في كل البيوع، الاختيارية =

المصري ، ولا في التقنين المدني الفرنسي (١) ، وفي مصر تسرى القواعد العامة على هذا العقد (٢) ، فننظر في حكمه قبل التقرير بالشراء عن الغير ، ثم ننظر كيف يكون هذا التقرير ، وماهى الآثار التى تترتب عليه إذا وقع أو إذا لم يقع .

**٩٦ - حكم البيع قبل التقرير بالشراء عن الغير :** يتعقد البيع صحيحاً بالشرط المتقدم الذكر . وقبل أن يستعمل المشتري حقه في التقرير بالشراء عن الغير وإعلان اسم هذا الغير ، وفى خلال المدة التى عينت لهذا التقرير ، يكون البيع موصوفاً بالخصوصية الآتية : المشتري للصفقة قد يكون هو الذى تقدم للشراء وقد يكون شخصاً آخر سيعلمه هذا المشتري في الميعاد المحدد . فالمشتري إذن شخص تخييرى (٣) ، إذا جاز نقل هذا التعبير المعروف من محل الالتزام إلى طرف الالتزام ، وتعيينه بيد من تقدم للشراء محظوظاً بهذا الحق ، فيكون إما هو ذاته أو يكون شخصاً آخر يعلن اسمه فى خلال المدة المتفق عليها . وليس من تقدم للشراء مجبراً ، بطبيعة الحال ، على التقرير بالشراء عن الغير ، فهذا حق احتفظ به لنفسه ، فله أن ينزل عنه ويحتفظ لنفسه بالصفقة (٤) .

== والجبرية ، غير القضائية والقضائية ( الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٦ ص ٥٤٧ - وانظر في أن الحكم الصادر من محكمة الاستئناف المختلطة المشار إليه إنما يمنع التقرير بالشراء عن الغير في البيع غير القضائية إذا لم يوجد شرط بذلك في البيع الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكى ص ٥٥٠ هامش رقم ٣ ) .

(١) ولكن هناك تشريعات فرنسية قديمة ، صلت أثناء الثورة الفرنسية ، ذكرت هذا البيع . وكان مسروقاً في القانون الفرنسي القديم ، وله تقاليد قديمة ، فنظمته تشريعات الثورة الفرنسية ، واستكمل تنظيمه الفقه والقضاء في فرنسا ( بودرى وسيتيا فقرة ١٧٣ - بلانول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٢١٣ - بلانول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٢٨ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٣٦ ص ٥٥٨ - جوسران ٢ فقرة ١٠٦٢ ) .

(٢) فيما عدا الصورة الخاصة التى عرض لها تقنين المرافعات في المادة ٦٧٠ وسأى ذكرها - وأنظر في جواز التعامل بهذا البيع في مصر جراحمولان فقرة ٢٢٢ - الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكى فقرة ٥٥٠ ص ٥٥١ .

(٣) أنظر كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٣٦ ص ٥٥٨ .

(٤) ومن أجل هذا لا يعتبر من تقدم للشراء وكيلها عادياً ، لأن الوكيل لا يستطيع أن يحتفظ بالصفقة لنفسه ، إذ هى تقع مباشرة لموكله . بل ليس ضرورياً لمن تقدم للشراء ، إذا أراد أن يكون وكيله ، أن تكون الوكالة قد صدرت إليه قبل الشراء كما هو شأن الوكيل العادى ( بودرى وسيتيا فقرة ١٧٥ ) .

وهو في هذا ليس في حاجة إلى أن يتقدم بتقرير يبين فيه أنه يحتفظ بالصفقة لنفسه ، بل يكفي أن بدع الميعاد المحدد ينقضى دون أن يقرر أنه اشترى لشخص آخر ، فيكون هو المشتري على وجه بات .

ويجوز له أن يتصرف في المبيع ، فيبيعه أو يرهنه أو يرتب عليه حق ارتفاق أو حق انتفاع أو غير ذلك ، ويحمل تصرفه في هذه الحالة على أنه قرر ضمناً أن يستبقى الصفقة لنفسه ، لأنه لا يفعل ذلك إلا إذا كان مالِكاً للمبيع (١) . ولكن أعمال الإدارة — كأن يرم المبيع أو يؤجره أو يودعه — لا يستخلص منها أنه قرر استبقاء الصفقة لنفسه ، بل يجوز له أن يقوم بها مع استبقاء الحق في التقرير بالشراء عن الغير ، لأن القيام بأعمال الإدارة لا يتنافى مع الاحتفاظ بهذا الحق (٢) .

**٩٧ — كيف يكون التقرير بالشراء عن الغير :** فإذا لم يرد المشتري أن يستبقى الصفقة لنفسه ، فعليه أن يقرر بالشراء عن الغير الذي اشترى له الصفقة .

== وقد قضت محكمة النقض بأن تكيف العلاقة القانونية بين المشتري الذي يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشتري المستر بأنها وكالة تجرى أحكامها على الآثار التي ترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير ، غير جبار على إطلاقه . فإن بين أحكام الوكالة والأحكام التي يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التي ترتب عليه تناقضاً ، فاستناد ملكية المشتري المستر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو تفويض منه إلى المشتري الظاهر قبل البيع ، وبقاء العين في ملكية المشتري الظاهر إذا لم يعمل حقه في الاختيار أو إذا عمله بعد الميعاد المتفق عليه ، وهي أحكام مقررة في شرط اختيار الغير ، كلها تخالف أحكام الوكالة تماماً . ولئن كان الفقه والقضاء في فرنسا قد ذميا في تبرير إسناد ملكية المشتري المستر إلى العقد الأول ، وهو أمر ما يقصد من شرط اختيار الغير ، إلى افتراض وكالة المشتري الظاهر من الغير ، إلا أن ذلك ليس إلا مجازاً مقصوداً على حالة ما إذا عمل المشتري حقه في اختيار الغير في الميعاد المتفق عليه مع البائع . أما قبل ذلك ، أو إذا لم يعمل هذا الحق ، أو إذا عمله بعد هذا الميعاد ، فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢ - وقد سبق ذكر هذا الحكم آنفاً عند التمييز بين عقد البيع وعقد للوكالة انظر فقرة ١١ في الماش) .

(١) بودوي وسيشيا فقرة ١٨٢ ص ١٧٣ — بلانويول وريبير وهامل ١٠ ص ٢٥٢ هامش رقم ٤ — الأستاذ محمد كامل مرسي فقرة ٣٨٦ ص ٥٤٩ .

(٢) بودوي وسيشيا فقرة ١٨٢ ص ١٧٣ — بلانويول وريبير وهامل ١٠ ص ٢٥٤ هامش رقم ٤ .

وليس لهذا التقرير شكل خاص ، فيكفي أن يخطر البائع بأنه يقرر أنه اشترى لشخص معين ويذكر اسم هذا الشخص . ولكن عليه أن يثبت صدور هذا الإخطار منه وفقاً للقواعد العامة ، فإذا كان الثمن يزيد على عشرة جنيهات وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها . فيحسن إذن أن يكون الإخطار بالكتابة ، بكتاب مسجل أو بانذار على يد محضر ، حتى يتوفر للمشتري وسيلة قوية للإثبات .

ويجب أن يعلم البائع بهذا التقرير في الميعاد المتفق عليه . فإذا انقضى هذا الميعاد ولم يصل إلى علم البائع تقرير من المشتري ، اعتبر البائع أن الصفقة قد وقعت نهائياً للمشتري ، وكان هذا هو المستول عن التزامات المشتري وله جميع حقوقه ، حتى إذا أعلن المشتري اسم شخص آخر بعد انقضاء المدة ، عد هذا الإعلان منه بيعاً جديداً إذا قبله الشخص الآخر (١) .

وإذا أعلن المشتري اسم الشخص الذي اشترى له في الميعاد ، فإذا كان هذا الشخص قد قبل الصفقة من قبل واتفق مع المشتري على أن يتقدم للشراء لحسابه لم يلزم قبول منه آخر . وإذا كان لم يسبق منه قبول للصفقة ، فعند ذلك يجب أن يصدر منه قبول ، لأنه لا يجبر على أن يحل محل المشتري دون قبول منه . لذلك يجوز للبائع ، بعد أن يصله تقرير المشتري بالشراء عن الغير ، أن يطلب من المشتري إثبات قبول هذا الغير للصفقة ، قبولاً سابقاً أو قبولاً لاحقاً . فإذا لم يستطع المشتري إثبات ذلك ، فإن تقريره بالشراء للغير لا ينتج أثراً ، وتقع الصفقة له ولا للغير (٢) .

وإذا قرر المشتري أنه اشترى لشخص معين على النحو المتقدم الذكر ، وجب أن تقع الصفقة لهذا الشخص المعين بنفس الثمن وبنفس شروط البيع الذي تم . فإن اختلف الثمن أو اختلفت الشروط ، كان التقرير بيعاً جديداً صادراً من المشتري للغير إذا قبله هذا ، ووجب دفع رسوم جديدة ، وتنقل الملكية فيه

(١) يردى وسينيا فقرة ١٧٧ .

(٢) وإذا صدر قبول من الغير وكان هذا الغير ناقص الأهلية ، ولم تلحق الإجازة قبله فأبطل ، وتمت الصفقة للمشتري الظاهر ، وهناك رأى مرجوح يذهب إلى أن البيع نفسه يبطل ( بلانيرول وديير وهامل ١٠ ص ٢٥٤ هامش رقم ٢ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٦ ص ٥٤٥ ) .

من المشتري إلى الغير مثقلة بجميع التكاليف الآتية من جانب المشتري (١).

وقد يعلن المشتري ، لاشخصاً واحداً تقع له الصفقة ، بل شخصين أو أكثر ، فتقع الصفقة هؤلاء الأشخاص المتعديدين (٢). وقد يستبقى جزءاً من الصفقة لنفسه ، ويعلن اسم شخص آخر يقع له الباقي من الصفقة (٣).

٩٨ — حكم البيع بمر التفيرير بالشراء عن الغير: فإذا قرر المشتري أنه اشترى للغير ، وقعت الصفقة لهذا الغير كما سبق القول ، واعتبر أنه هو المشتري مباشرة من البائع ، وأن المشتري الظاهر لم يكن إلا وكيلاً عنه (٤)، ولا تقاضي إلا رسوم واحدة إذ لا يوجد إلا بيع واحد .

ومن ثم يكون للشخص الذي أعلن اسمه جميع حقوق المشتري بطالب بها البائع مباشرة ، لأنه اشترى منه عن طريق نائب عنه هو المشتري الظاهر . فيجوز للمشتري الحقيقي أن يطالب البائع بنقل ملكية المبيع إليه وبسليمه إياه ، ويرجع عليه مباشرة بضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية وبجميع الحقوق التي تكون للبائع بموجب هذا البيع الذي أبرم بين البائع والمشتري الظاهر . كذلك يكون على الشخص الذي أعلن اسمه جميع التزامات المشتري .

---

(١) بودري وسينيا فقرة ١٧٩ ص ١٧١ - بلانيول وويرير وهامل ١٠ فقرة ٢١٥ ص ٢٥٤ .  
(٢) ولكل من هؤلاء الأشخاص المتعديدين الحصة التي أعلنها المشتري ، فإذا لم يعلن هذا حصة كل منهم المفروض أن حصصهم متساوية . ويشترط في ذلك ألا يختلف الثمن أو الشروط كما قدمنا ، فإذا أعلن المشتري أن كلا من الأشخاص المتعديدين يتحمل جزءاً معيناً من الثمن ، وجب أن يكون مجموع ما يدفعونه جميعاً مساوياً للثمن الأصلي دون زيادة أو نقصان ، وإلا اعتبر التفيرير بيعاً جديداً كما سبق القول ( بودري وسينيا فقرة ١٧٩ ص ١٧١ — ص ١٧٢ — بلانيول وويرير وهامل ١٠ فقرة ٣١٥ ص ٢٥٤ ) .  
(٣) فإذا أعلن المشتري مثلاً أنه اشترى المبيع نصفه لنفسه ونصفه لشخص آخر ، انقسم الثمن عليهما مناصفة ، واعتبر كل منهما مشترياً لتصف من البائع مباشرة ( بودري وسينيا فقرة ١٧٩ ص ١٧٢ ) .

ويجوز لمن تقدم للشراء أن يتقاضى عن اشترى له أجرة على الخدمة التي أسداها إياه ، ولقاضي الميثبت من أن هذه الأجرة ليست في حقيقتها زيادة في الثمن الأصلي ( بلانيول وويرير وهامل ١٠ فقرة ٢١٥ ص ٢٥٤ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٩ ص ٤٤٥ ) .  
(٤) بلانيول وويرير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣٣٠ .

فلبائع أن يطالبه مباشرة بالثمن والفوائد والمصروفات . وليس للبائع أن يرجع على المشتري الظاهر بشيء من ذلك . وإذا كان المشتري الظاهر قد دفع عند التعاقد الثمن للبائع ، كان على المشتري الحقيقي أن يرده للمشتري الظاهر ، ولكن دون أن يكون للمشتري الظاهر حق امتياز على المبيع ، فانه يرجع على المشتري الحقيقي بالثمن إما بدعوى الوكالة إذا كان متفقاً معه على أن يدفع الثمن عنه ، وإما بدعوى الإثراء بلا سبب إذا لم يكن متفقاً معه على ذلك . وليس هو بائعاً للمشتري حتى يكون له امتياز بالثمن ، فقد قدمنا أن المشتري الحقيقي يعتبر مشترياً مباشرة من البائع دون توسط المشتري الظاهر الذي لم يكن في هذا البيع إلا نائباً عنه . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن المشتري الظاهر يلتزم شخصياً بدفع الثمن للبائع ، ويعتبر في هذه الحالة كفيلاً للمشتري بالثمن . ولا تعارض بين صفته هذه ككفيل وصفته كنائب في الشراء ، فان الوكيل بالشراء قد يكون كفيلاً بالثمن للموكل (١) .

ويرتب على أن البيع يعتبر صادراً مباشرة من البائع إلى المشتري الحقيقي وأن المشتري الظاهر يعتبر وكيلًا بالشراء عن المشتري الحقيقي ، أنه إذا أخذ أحد دائي المشتري الظاهر اختصاصاً على العقار المبيع في المدة السابقة على التقرير بالشراء ، سقط حق الاختصاص هذا لوقوعه على عقار غير مملوك للمدين (٢) . أما إذا رتب المشتري الظاهر بنفسه على المبيع حقوقاً عينية أو تكاليف ، كرهن أو حق ارتفاق أو حق انتفاع ، فقد قدمنا أن هذا يعتبر منه نزولاً ضمنياً عن حقه في التقرير بالشراء عن الغير فستقر الصفقة له . وإذا أخذ شافع العقار المبيع بالشفعة ، لم يؤثر في الأخذ بالشفعة أن تستقر الصفقة للمشتري الظاهر أو أن يقرر هذا أنه اشترى لشخص آخر ، ففي الحالتين تصح الشفعة لأن العبرة فيها بالعقار المشفوع فيه ولا يعتد بشخص المشتري (٣) .

(١) بودوي وسينيا فقرة ١٧٩ ص ١٧٢ و فقرة ١٨١ - بلانيول وريير وهامل ١٠ فقرة ٢١٤ ص ٢٥٣ .

(٢) بودوي وسينيا فقرة ١٨٢ ص ١٧٣ - بلانيول وريير وهامل ١٠ فقرة ٢١٤ ص ٢٥٣ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض في الحكم السابق الإشارة إليه بأن الشفعة في العقار المبيع بشرط اختيار الغير تنفع لأحكام هذا النزع من البيوع، تكلفها ونحوها أحكام الشفعة . وحاصل =



## ٩٩ - صورة خاصة - تقرير الرأى عليه المزايا الشراء عن الغير:

وتوجد صورة خاصة للبيع مع التقرير بالشراء عن الغير ، أوردها تقنين المرافعات فى المادة ٦٧٠ منه على الوجه الآتى : « يجوز للرأى عليه المزايا أن يقرر فى قلم كتاب المحكمة ، قبل انقضاء ثلاثة الأيام التالية ليوم البيع ، أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين ، إذا وافقه على ذلك كل من الموكل والكفيل عند الاقتضاء ، وبهذا يبرأ الوكيل وتعتبر الكفالة عن الموكل (١) » . وهذه الصورة تتميز بالخصوصيات الآتية :

١ - ليس واجباً فيها أن يشترط من يتقدم للمزايدة أنه يشترى مع الاحتفاظ

== ما اتفق عليه الرأى فى أحكام البيع على شرط اختيار الغير أن عقد البيع يظل قائماً نافذاً فى حق المشتري الظاهر إلى أن يعمل حقه فى اختيار الغير . وإذا كان إعمال هذا الاختيار يستند شراء من يخاره إلى عقد البيع الأول ومن تاريخ انقضاءه فيرتب له قبل البائع نفس الحقوق المقررة فى عقد البيع المذكور ، فإنه يكسبه أيضاً حقاً قبل المشتري الظاهر إذ يعمل بمحله فى جميع الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد شرائه والتي كانت تظل متعلقة به لو أنه لم يعمل حقه فى الاختيار . ولما كان مقرراً بالمادة ١٢ من قانون الشفعة ( السابق ) أن الشفع لا يحاج بأى حق اكتسبه الغير ضد المشتري بعد تسجيل إنداء الشفعة ، فإنه إذا كان إنداء الشفعة قد سجل قبل الإنداء المحل للشفع الذى ثبت به تاريخ الاتفاق الذى عقد بين المشتري الأول وبين من أدخلهم منه فى الشراء والذى قال فى هذا المشتري أنه تنازل لهم عن بعض العقار المبيع له وهو ما يتبرونه إعمالاً لحق اختيار الغير ، كان الحكم الذى يقضى بعدم جواز الاحتجاج على الشفع بما ترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن أدخلوا فى الشراء ، وبالتالي عدم سقوط حقه فى الشفعة لإدخاله فى الدعوى بعد الميعاد المقرر فى القانون ، حكماً قائماً على أساس قانونى صحيح لا يؤثر فى صحته ما يكون قد اتصوره من قرارات أخرى مخالفة للقانون . والمفاضلة فى حق الشفعة بين المشتريين الذين أدخلهم المشفوع منه بحق اختيار الغير وبين من شفع منه لا تجوز ، إذ الحقوق التى آلت إليهم بأعمال المشفوع منه لحق اختيار الغير بعد تسجيل إنداء الشفعة لا تنسب على الشفع . فلا يحاج الشفع بشرائهم ، ولا يتبرون بالنسبة إليه مشتريين مشفوعاً منهم بحق لم دفع دعواه بأنهم أول منه بالشفعة ( نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ وقم ٨١ ص ٤١٢ ) .

(١) وقد كانت المادة ٥٧٦/٦٥٨ من تقنين المرافعات السابق تنص على أنه « يجوز للمشتري أن يقرر فى قلم كتاب المحكمة ، فى اليوم التالي ليوم البيع ( فى التقنين المخطوط فى ثلاثة الأيام التالية ليوم البيع ) ، أنه اشترى بطريق التوكيل عن شخص معين ، إذا صدق على ذلك كل من الموكل والكفيل ، وبذلك يغلو سبيله وتعتبر الكفالة عن الموكل » .

هذا ويشترط ألا يكون الموكل من الأشخاص المنع من التقدم للمزايدة ، حتى لا يكون هناك تحايل على القانون ( الأستاذ رمزي سيف فى التنفيذ فقرة ٤٣٠ - الأستاذ محمد كامل مرسى

فقرة ٢٨٦ ص ٥٤٧ ) .

بحقه في التقرير بالشراء عن الغير ، بل ولا يشترط أن يرد الاحتفاظ بهذا الحق في قائمة شروط البيع . ذلك أن هذا الحق يجعله القانون لكل راس عليه المزااد في بيع جبرى دون شرط خاص بذلك .

٢ - المدة التي يجب فيها التقرير بالشراء عن الغير محددة في القانون ، وهي ثلاثة أيام من يوم وقوع البيع ورسوم المزااد على المشتري .

٣ - التقرير بالشراء عن الغير له شكل خاص بينه القانون ، فيكون بتقرير في قلم كتاب المحكمة ، ومن ثم لا يجوز أن يكون باخطار ولو مكتوب أو مسجل أو على يد محضر ، فالأولى بكتقرير في قلم كتاب المحكمة فإنه لا ينتج أثراً .

فاذا روعيت هذه الخصوصيات الثلاث ، سرت على الصورة التي نحن بصدددها الأحكام الأخرى التي قدمناها . فإذا لم يقرر الراسى عليه المزااد في قلم كتاب المحكمة في الثلاثة الأيام التالية لرسوم المزااد أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين ، وقعت الصفقة له على وجه بات . أما إذا قرر ذلك ، ووافق على تقريره الموكل - وإذا كان للرأسى عليه المزااد كفيل وجب أيضاً أن يقبل الكفيل كفالته للموكل فنسقط كفالته للوكيل - اعتبر الموكل هو الرأسى عليه المزااد وأن من رسا عليه المزااد فعلا لم يكن إلا وكيلاً عنه ، ووقعت الصفقة مباشرة للموكل دون الوكيل ، وأصبح للأول دون الثاني كل حقوق الرأسى عليه المزااد ، وعليه كل التزاماته .

## الفرع الثاني

### الحل في عقد البيع

١٠٠ - **لبيع محموم** : الحل في واقع الأمر ركن في الالتزام لاني

العقد . ولما كان البيع عقداً ملزماً للجانبين ، فإنه ينشئ التزامات في جانب البائع عليها هو المبيع ، وينشئ التزامات مقابلة في جانب المشتري عليها الرئيسي هو الثمن (١) ، لذلك يكون للبيع محلان رئيسيان هما المبيع والثمن .

(١) وقد يكون محل التزامات المشتري غير الثمن ، فالمشتري ملزم أيضاً بدفع مصروفات البيع وبسليم المبيع ، فحل الالتزام الأول هو المصروفات ، وحل الالتزام الثاني هو المبيع .

## المبحث الأول

### المبيع

١٠١ - الشروط الواجب توافرها في المبيع - يجب أن يتوافر في المبيع (١) الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام بوجه عام ، وهى أن يكون المبيع موجوداً ، ومعيناً أو قابلاً للتعيين ، وصالحاً للتعامل فيه . ويضاف إلى هذه الشروط أن يكون المبيع مملوكاً للبائع .

نبحث إذن (١) وجود المبيع (٢) تعيين المبيع (٣) صلاحية المبيع للتعامل فيه (٤) ملكية البائع للمبيع .

### المطلب الأول

#### وجود المبيع

١٠٢ - معنى المرمود : قلنا في الجزء الأول من الوسيط (٢) أن المحل يجب أن يكون موجوداً ، والمعنى المقصود بالوجود هو أن يكون المبيع موجوداً وقت انعقاد البيع أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك . فإذا كان المبيع

---

(١) المبيع ليس هو الشيء ذاته ، بل هو الحق فيه . فبيع الدار أى بيع حق الملكية في الدار ، وقد يباع حق ارتفاق على الدار أو حق انتفاع فيها . هل أن المؤلف ، إذا كان المبيع هو حق الملكية في الدار ، أن يقال يباع الدار دون أن يذكر حق الملكية . فإذا كان المبيع حقاً دون حق الملكية ، كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق شخصي ، ذكر الحق المبيع بالذات . وقد يكون المبيع حقاً معنوياً ، كحق المؤلف ، وتنص المادة ٨٦ مدني على أن « الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظها قوانين خاصة » . وقد صدرت فئلا قوانين خاصة تنطبق على المؤلف والبراءات والأسم التجارية ونحو ذلك ،

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢١٥ .

غير موجود أصلاً ولا يمكن وجوده في المستقبل ، فالبيع باطل (١) . وإذا وجد المبيع ثم هلك قبل البيع ، فالبيع يكون أيضاً باطلاً . أما إذا كان المبيع موجوداً وقت البيع ولكنه هلك قبل التسليم ، فالبيع ينفسخ على التفصيل الذي سنورده في مكانه .

وقد يقصد المتبايعان أن يقع البيع على شيء موجود فعلاً لا على شيء ممكن الوجود . ففي هذه الحالة إذا كان المبيع غير موجود وقت البيع ، حتى لو أمكن وجوده في المستقبل ، كان البيع باطلاً . فإذا لم يقصد المتبايعان أن يتبايعا شيئاً موجوداً فعلاً وقت البيع ، جاز كما قلنا أن يقع البيع على شيء يوجد في المستقبل ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣١ مدني على أنه : يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً (٢) ، فيجوز بيع الأشياء المستقبلية ، كالحصولات قبل أن تثبت ، بشمن مقلد بسعر الوحدة أو مقلد جزافاً (٣) . ويصح أن يبيع شخص من آخر منزلاً لم يبدأ بناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء ، فهذا بيع شيء مستقبل محقق الوجود . وقد يكون الشيء المستقبل محتمل الوجود ، كما إذا باع شخص نتاج ماشية ، فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد ، والبيع هنا

---

(١) ومن ذلك بيع أسهم الشركات الباطلة ، فهي أسهم لا وجود لها ويكون بيعها باطلاً . وكذلك أسهم الشركات التي يحكم بطلانها ، فهي بعد الحكم بالبطلان تعتبر غير موجودة منذ البداية ، فبيعه باطل . وهناك رأي يذهب إلى أن الشركة الباطلة هي شركة واقعية ، فلا سهمها وجود فعلي ، وبيعهما صحيح ، ولكن يرجع المشتري على البائع بضمان العيب الخفي ، وهذا ما لم يحكم ببطلان الشركة لانعدام محلها أو لعدم مشروعيتها (دع باج : ٧٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٦٣) . وبهذا الرأي الأخير أخذ القضاء الفرنسي (بيان ١٦ فقرة ٧٦) . (٢) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٢١٦ .

(٣) وقد كان التفتين المدني المختلط (م ٣٣٠) يحرم بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته ، ولم يرد في التفتين المدني الوطني السابق نص مماثل فكان بيع المحصولات المستقبلية جائزاً ولو بشمن مقلد جزافاً . وجاء التفتين المدني الجديد (م ١٣١) مؤيداً للتفتين المدني الوطني السابق ، فيجوز بيع المحصولات المستقبلية . وقد نفست محكمة النقض بأن بيع المحاصيل المستقبلية قبل نياتها في ظل القانون المدني القديم صحيح ، وذلك أنه لم يرد فيه نص بتحريمه كما جاء بالقانون المدني المختلط (م ٢٣٠) . وقد قضى القانون المدني الجديد في المادة ١٣١ منه على ما كان من خلاف في هذا الشأن بين القانونين الوطني والمختلط (نقض مدني ٣٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض : رقم ١٤٦ ص ٩٦٣) .

معلقاً على شرط واقف بتحقيق إذا وجد النتائج (١) .

وبيع الشيء المستقبل كثير الوقوع في التعامل ، فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب المصنع مقداراً معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد أتم صنعها ، بل لعله لا يكون قد بدأ في ذلك . وقد يبيع مزارع محاصيل أرضه قبل نباتها ، كما رأينا . ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه ، بل قبل أن يبدأه . ويبيع مقاول الحق الذي له في مقالة لم ترس عليه بعد . فهذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبل ، وهي صحيحة . وهذا يقرب من بيع السلم المعروف في الفقه الإسلامي .

عل أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضرورياً من التعامل في الشيء المستقبل ، كما فعل عندما رهن المال المستقبل رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً . وقد يحرم جميع شروط التعامل في شيء خاص من المال المستقبل ، كما فعل عندما حرم التعامل في التركة المستقبلية (٢) .

وقد يقيد التبايع في شيء محتمل الوجود ، كما فعل في بيع الحقوق المتنازع فيها ، فهذه حقوق قد توجد وقد لا توجد ، ومن ثم وضع المشرع قيوداً على بيعها .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع الأشياء المستقبلية نوهان . الأول يجازف فيه المشتري في وجود المبيع نفسه وهو ما يمس بيع الفر ، كبيع أوراق اليانصيب أو بيع الصياد ضربة شبكته . والثاني يجازف فيه المشتري في قدر المبيع وكميته فقط ، كبراء القمح الذي ينتج من قاطرات السكك الحديدية في مدة مستقبلية ومنطقة معينة . وحكم التبرع الأول أنه ينفذ منجزاً ، ويجب على المشتري أداء الثمن مهما كانت النتيجة وجد المبيع أو لم يوجد . وحكم النوع الثاني أن يكون معلقاً على شرط واقف هو وجود المبيع في المستقبل مهما كان مقداره . ويشترط في النوعين أن يكون وجود المبيع أو علم بوجوده متروكاً رهن ظروف لا دخل لأحد المتعاقدين فيها ( استئناف مصر ١٨ يناير سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ٨١ ) . وقضت أيضاً بأن البيع بسعر الوحدة ليس استهلاكياً ، لأن كلا من البائع والمشتري يعلم وقت العقد ما أعطى ما أعطى ما أخذ ( استئناف مصر ١٨ أبريل سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ١١٧ ) .

(٢) انظر الجزء الأول من الوسيط فقرة ٢١٧ . ويعتبر تعاملاً في تركة مستقبلية أن يعلن الوارث حوالة ما للتركة من ديون في يوم وفاة المورث بالذات ، إذا ثبت أن الحوالة كانت لمدة ومغفلة قبل وفاته ولا ينقصها إلا التأخير ( أنسيلو يدي دالروز ١ لفظ *cession de droits successoraux* فقرة ٣٩ ) .

ونستقي للبحث من كل هذا مسألتين : (١) بيع الحقوق المتنازع فيها  
(٢) البيع المعروف في الفقه الإسلامى بالسلم .

### § ١ - بيع الحقوق المتنازع فيها

١٠٣ - التمييز بين حالتين - الحق المتنازع فيه حق محتمل الوجود ،  
وهو بهذا الوصف يجوز بيعه . والبيع يصبح في هذه الحالة عقداً احتمالياً  
(contrat aléatoire) ، فان ثبت الحق المبيع للبائع انتقل المشتري بعقد البيع ،  
وإن لم يثبت فقد ضاع على كل من البائع والمشتري . فالمشتري الذى يقدم على  
شراء حق متنازع فيه إنما يخاطر بما يذله فيه من الثمن .

ويجب ، في بيع الحق المتنازع فيه ، أن نميز بين حالتين : (١) بيع الحق  
لغير عمال القضاء (٢) بيعه لعمال القضاء . ولكل من الحالتين حكم يختلف عن  
حكم الحالة الأخرى .

### ١ - بيع الحقوق المتنازع فيها لغير عمال القضاء

حق الاسترداد (retrait litigieux)

١٠٤ - الخصوصى القانونية - تنص المادة ٤٦٩ من التقنين المدنى  
على ما يأتى :

« ١ - إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص  
آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هورد إلى المتنازل له الثمن  
الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع » .

« ٢ - ويعتبر الحق متنازلاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام  
في شأنه نزاع جدى » .

وتنص المادة ٤٧٠ على ما يأتى :

« لا تنسرى أحكام المادة السابقة على ما يأتى » :

- (أ) إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال يمت جزئاً بشئ واحد .
- (ب) إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه من الآخر .
- (ج) إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للمدين المستحق في ذمته .
- (د) إذا كان الحق المتنازع فيه يتقل عقاراً ويبيع الحق لحائز العقار (١) .
- وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٣٥٣ - ٣٥٥ / ٤٤١ - ٤٤٣ (٢) .

#### (١) تاريخ النصوص :

م ٤٦٩ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٥ من المشروع التمهيدى بفروق لفظية . وفي لجنة المراجعة زالت هذه الفروق ، وأضيف لفظ « بمقابل » بعد عبارة « قد نزل عنه صاحبه » لإخراج حالات التبرع من نطاق الحكم ، وأصبحت المادة رقمها ٤٩٦ في المشروع التالى . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٩ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٥ - ١٩٧ ) .

م ٤٧٠ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، هذا فروعاً لفظية طفيفة زالت في لجنة المراجعة ، وأصبحت المادة رقمها ٤٩٧ في المشروع التالى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٠ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٨ - ١٩٩ ) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٣٥٣ - ٤٤١ : إذا باع شخص مجرد دعوى بدين أو مجرد حق ، فلا يكون مشغولاً من وجود الدين ولا من وجود ذلك الحق .

م ٤٤٢/٣٥٤ : إذا بيع مجرد دعوى بدين أو بحق على الزوج المدين في المادة السابقة ، أو كان أصل الدين متنازعاً فيه ، جاز للمدين أن يتخلص من الدين المبيع يدفعه للمشتري الثمن الحقيقي الذى اشترى به وفوائده والمصاريف المتصورة .

م ٤٤٣/٣٥٥ : ولا تتبع هذه القاعدة في حالة ما إذا باع أحد الورثة نصيبه في التركة إلى شريكه ، أو باع أحد الشركاء نصيبه في الدين إلى شريكه ، أو أسقط للمدين لدائنه شيئاً في مقابلة دينه ، أو اشترى مشتر حقاً متنازعاً فيه من أجل حصول دعوى .

وأحكام التقنين السابق تنطق مع أحكام التقنين الجديد ، إلا أن التقنين السابق كان على نمط من القموص في إيرادها أخالة الأخيرة من الحالات الاستثنائية ، ولم يورد أصلاً الحالة الأولى من هذه الحالات وهي حالة بيع الحق المتنازع فيه إذا كان داخلاً ضمن مجموعة أموال يمت جزئاً بشئ واحد ، وهو بعد ذلك يوم من سياق عبارته أن الحق المتنازع فيه لا يكون إلا حقاً شخصياً : انظر الملاحظة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤ .

وتقابل في التقيينات المدنية العربية الأخرى : في التقيين المدني السوري  
المادتين ٤٣٧ - ٤٣٨ - وفي التقيين المدني الليبي المادتين ٤٥٨ - ٤٥٩ - وفي  
التقيين المدني العراقي المادتين ٥٩٣ - ٥٩٤ - وفي تقيين الموجبات والمقود  
الليبي المادة ٢/٢٨١ (١) .

ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن بيع الحق المتنازع ينقل الحق  
كما هو - متنازعا فيه - إلى المشتري . والمشتري هو الذي يتحمل تبعه مصير  
التنازع في شأن الحق ، فاما أن يثبت الحق للبائع فيثبت للمشتري كخلف له ،  
ولما ألا يثبت فلا ينتقل إلى المشتري شيء كما سبق القول . فالبائع إذا باع حقاً  
متنازعا فيه لا يضمن للمشتري وجود هذا الحق (٢) ، وإنما هو يبيع مجرد ادعاء .  
ومن ثم يراعى في تقدير ثمن هذا الادعاء أن يكون متناسباً مع قوته ، فيكثر  
أو يقل تبعاً لقوة الادعاء أو ضعفه ، وهو على كل حال يكون دون قيمة الحق  
ذاته إذ لا بد أن المشتري يدخل في حسابه احتمال الخسارة فينزل من قيمة الحق  
ما يقابل هذا الاحتمال . لذلك كان المشتري لحق متنازع فيه مضارباً يأمل الكسب ،

---

(١) التقيينات المدنية العربية الأخرى : التقيين المدني السوري م ٤٣٧ - ٤٣٨ (مطابقتان  
للمادتين ٤٦٩ - ٤٧٠ من التقيين المدني المصري ، فيما هذا أن المادة ٤٣٨ سوري لم تورد الحالة  
الأخيرة من الحالات الاستثنائية : أنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٣٧٨ -  
فقرة ٢٨٩) .  
التقيين المدني الليبي م ٤٥٨ - ٤٥٩ (مطابقتان للمادتين ٤٦٩ - ٤٧٠ من التقيين المدني  
المصري) .

التقيين المدني العراقي م ٥٩٣ - ٥٩٤ (مطابقتان للمادتين ٤٦٩ - ٤٧٠ من التقيين  
المدني المصري - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٣٥٤ - فقرة ٣٩١ -  
الأستاذ عباس حسن الصواف ص ٩٠٥ - ص ٩٢٥) .

تقيين الموجبات والمقود الليبي م ٢/٢٨١ : يصح التفريغ من حق متنازع عليه أقيمت دعوى  
الأساس في شأنه بشرط أن يرضى المدينون الذي تفرغ الدائن من دينه . وتبقى مقاعيل هذا التفريغ  
خاصة من حيث الصلاحية لأحكام المادة الثالثة من القانون الصادر في ١٧ شباط سنة ١٩٢٨ .  
حل أنه لا يمكن التخلص من التفريغ له حين يكون لديه سبب مشروع في إحرازه الحقوق المتنازع  
عليها ، كأن يكون وارثاً مع التفريغ أو شريكاً له في ملك أو دائناً له .  
(والتقيين الليبي أقرب إلى التقيين الفرنسي منه إلى التقيين المصري) .

(٢) نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٦ ص ٥١٧ .



فواجه القانون هذا الوضع بما يلائمه، وأجاز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يسترده من المشتري بدفع الثمن - وهو كما قلنا أقل من قيمة الحق - مع المصروفات والفوائد . أما في الحالات الاستثنائية التي تنفي فيها فكرة المضاربة ، فقد منع القانون حق الاسترداد (١) .

فنبعث إذن : (١) متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه (٢) وكيف يكون الاسترداد (٣) والآثار التي تترتب على الاسترداد (٤) والحالات الاستثنائية التي لا يجوز فيها الاسترداد .

١٠٥ - متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه : ويؤخذ من نص المادة ٤٦٩ مدني أنه يجب توافر شرطين حتى يجوز الاسترداد : (١) أن يكون الحق المسترد حقاً متنازعا فيه (٢) وأن يكون قد نزل عنه صاحبه بمقابل .

فيجب أولاً أن يكون الحق المسترد حقاً متنازعا فيه . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٤٦٩ مدني إنه « يعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي » . فليس من الضروري إذن أن تكون هناك دعوى مرفوعة بالحق حتى يكون الحق متنازعا فيه، ويكفي أن يقوم في شأنه

---

(١) ويذهب بودري وسينيا إلى أن فكرة المضاربة لا تكن وحدها لبرير حق الاسترداد من المضارب ، فالمضاربة ليست في ذاتها شراً محضاً حتى ينتصب القانون لها ريثماً . وإذا كانت المضاربة في بعض الحالات تطوى على استغلال وتكسف ، فهي في حالات أخرى ينتج منها الخير ، إذ يقع أن صاحب الحق المتنازع فيه لا يكون عنده من الوسائل ما يحصل به حل حقه فيبيح لمن هو أقدر منه حل ذلك ، فيصل إلى الكثير من حقه وكان يفقده كله لولا هذه المضاربة . وإنما يبرر حق الاسترداد مصلحة اجتماعية أعلى من القرب على أيدي المرابين ، هي وضع حد للمنازعات والقضايا . فإن الحق المتنازع فيه إذا استرده المدين عن اقتراء فقد وضع بذلك حداً للنزاع وحسم الخصومة ، ولم يخسر المشتري شيئاً فقد استرد ماله ، والقانون يشدد دائماً نفس المنازعات أو تقللها بقدر الإمكان ( بودري وسينيا فقرة ٩١٤ ص ٩٣٤ ) .

وإذا استرد المدين الحق المتنازع فيه يدفع ثمنه للمشتري ، فإن الأمر يؤول إلى وضع شبهة بما إذا تصالح صاحب الحق مع مدينه على أن يأخذ منه مبلغاً أقل من قيمة الحق ، وهذا المبلغ هو الذي ارتضاه صاحب الحق عندما باع به حقه . فكان المدين دفع لصاحب الحق - يظن المشتري خلفه - القيمة التي ارتضاها صاحب الحق نفسه، وذلك لفرض النزاع . فالأمر في صورته استرداد ، وفي حقيقته ضرب من الصلح .

زراع جدى (١) . وليس من الضروري أيضاً أن يكون الحق الذى رفعت به دعوى يكون حقاً متنازعا فيه ، فقد لا يمس النزاع فى الدعوى موضوع الحق نفسه بل يتناول مسائل شكلية فى الإجراءات كعلم صحة الإعلان أو عدم توافر الصفة أو نحو ذلك (٢) ، والحق حتى يكون متنازعا فيه يجب أن يقوم النزاع فى موضوعه بالذات (٣) . وقد ترفع بالحق دعوى تنتهى إلى حكم ابتدائى ، فإدام الحكم غير نهائى يبقى الحق متنازعا فيه ، لا فحسب إذا طعن فى الحكم

(١) وقد حسم هذا النص خلافاً كان قائماً فى عهد التفتين المدنى السابق ، إذ كان هناك رأى يطلب إلى أن الحق لا يكون متنازعا فيه إلا إذا رفعت به دعوى ، وفى فرنسا نص التفتين المدنى الفرنسى (١٧٠٠م) يحمل هذا المعنى معينا . أما نص التفتين المدنى المصرى الجديد فصرح فى المعنى العكس ( المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤ ) . أما من حيث تحريم شراء الحق المتنازع فيه عل حال القضاء ، فى فرنسا ( ١٥٩٧م مدنى فرنسى ) كما فى مصر يمكن أن يقوم فى الحق نزاع جدى ولو لم ترفع به دعوى (بودرى وسينيا فقرة ٢٦٣) . ولا يكون الحق متنازعا فيه إذا لم يتم فى موضوعه نزاع جدى ، حتى لو رفعت به بعد ذلك دعوى لم تكن منتظرة ( بودرى وسينيا فقرة ٢٦٥ ) — وصحوية التنفيذ بالحق لا تجعله متنازعا فيه . أما النزاع فى مرتبة الحق فتجبل له هذا الوصف (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٧- بودرى وسينيا فقرة ٢٦٤ - بلانويل وديجير وهامل ١٠ فقرة ٢٢٥ ) - والنزاع فى تأمينات الحق لا يجعله حقاً متنازعا فيه إلا إذا كان هذا النزاع من شأنه أن يجعل الحق غير مستطاع التنفيذ ، وكذلك النزاع فى برامة اختراع لا يجعل المتجر متنازعا فيه إلا إذا كانت هذه البرامة هى المنصر الجمهورى فى المتجر ( بلانويل وديجير وهامل ١٠ فقرة ٣١٨ ص ٤٠٣ ) . ومعرفة ما إذا كان هناك نزاع جدى فى موضوع الحق مسألة واقع فيها قاضى الموضوع ، ولا مضى عليه فى ذلك من حكمة التقض ( المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٣ ) .

(٢) وقد فسحت حكمة التقض . بأن شراء الدين من غير ضمان بأقل من قيمته لا يعتبر معه الدين متنازعا فيه بالمعنى المقصود فى المادة ٣٥٤ مدنى ( قديم ) ، إذ يجب . لاعتبار الحق المبيع من الحقوق المتنازع فيها أن يكون قائما بشأنه ، وقت التنازل عنه ، خصومة أمام القضاء وأن يكون النزاع فيها منسبا على أصل الحق ( le fond du droit ) ، أى متعلقا بوجوده أو بطريقة التخلص منه كالإعداد أو القوط بعض المدة . فشكل التنازل الذى تفترض السداد بفصل المدين ، كالدفع بعدم الاختصاص أو بعدم وجود صفة لمدعى لا يعتبر معها الدين متنازعا فيه ، لأنها غير متعلقة بأصله (نقض مدنى ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٩ ص ٣١٧) .

(٣) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٣١ — والنزاع يقوم فى موضوع الحق إذا تعلق بوجوده أو بانتفاؤه أو بمداه أو بمقداره ، أو إذا دفع الحق بنقض موضوعه يرمى إلى رفضه نهائيا كالدفع بالتقادم (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٧٨ - ص ١٧٩ — بودرى وسينيا فقرة ٩٢٢) .

الاجتهادى بطريق من طرق الطعن الاحتيادية كالمعارضة والاستئناف ، بل أيضاً طول المدة التى يظل فيها باب هذا الطعن الاحتيادى مفتوحاً ولو لم يطعن فى الحكم بالفعل . أما إذا كان الحكم نهائياً فقد انحصم النزاع فى الحق وأصبح حقاً غير متنازع فيه ، فلا يجوز فيه الاسترداد حتى لو كان الحكم النهائى يمكن أن يطعن فيه بطريق غير احتيادى كالتقصض والتماس إعادة النظر ، وحتى لو كان باب الطعن غير الاحتيادى لا يزال مفتوحاً . إما إذا طعن بالفعل فى الحكم النهائى يطعن غير احتيادى ، فإن الحكم يعود فى هذه الحالة حقاً متنازعاً فيه ، ويجوز فيه الاسترداد (١) . ويجب أن يكون الحق متنازعاً فيه على النحو الذى أسلفناه فى اليوم الذى يزل فيه عنه صاحبه إلى الغير ، فلو بدأ الحق متنازعاً فيه ثم انحصم النزاع فنزل عنه صاحبه بعد ذلك لم يجز الاسترداد ، ولو كان الحق وقت أن زل عنه صاحبه غير متنازع فيه ثم توزع فيه بعد ذلك لم يجز الاسترداد كذلك (٢) . وستوى أن يكون الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً أو حقاً عينياً ، منقولاً أو عقاراً . فلا يوجد ما يمنع من استرداد عقار متنازع فيه باع المدهى حتى ادعائه فيه إلى أجنبى ، فيسترد المدهى عليه وهو الحائز للعقار حتى المدهى برده له الثمن والمصرفات والغوائد . أما إذا كان البائع هو المدهى عليه حائز العقار ، فهناك خلاف فى رأى . فمن يؤسس حق الاسترداد على فكرة المضاربة يميز للمدهى حق الاسترداد ، لأن الحكمة متوافرة فى حالته كما توافرت فى حالة المدهى عليه . ومن يؤسس حق الاسترداد على فكرة حسم الخصومات ينكر على المدهى حق الاسترداد ، إذ هو الذى أنشأ الخصومة بادعائه فلا يجوز أن يسترد توكلاً لخصومة هو المتسبب فيها (٣) .

---

(١) محكمة مصر ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٧ الحامدة ٨ رقم ٣/٢٦٤ ص ٣٧١ — أبيرى ورو ٥  
فقرة ٣٥٩ مكررة وأيضاً ص ١٨٠ — بودرى وسينيا فقرة ٢٦٠ — بلانيول وريبير وحامل ١٠  
فقرة ٣١٩ ص ٤٠٩ — كولان وكليجان ٢ فقرة ٩٧٨ .

(٢) والعبارة فى حوالة الحق المتنازع فيه بنظام النزاع وقت الاتفاق على الحوالة لا وقت إعلان  
الملكين ( أبيرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ وأيضاً حاشى رقم ١٦ — بودرى وسينيا فقرة ٩١٧ —  
بلانيول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ) . وإذا قبل الملكين حوالة حق ينازع فيه وكان قبوله  
دون تحفظ ، لم يجز له الاسترداد .

(٣) أنظر من الرأى الأول جيوار ٢ فقرة ٨٩٣ — أبيرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ وأيضاً  
حاشى رقم ١٥ — بلانيول وريبير حامل ١٠ فقرة ٣١٨ — الأستاذين أحمد نجيب الحلالى =

والشرط الثاني أن يكون النزول عن الحق بمقابل . فإذا نزل صاحب الحق عنه للغير تبرعاً لم يجز الاسترداد ، لأن التبرع يتنافى مع فكرة المضاربة ولا يمكن وصف المتبرع له أنه يتصيد القضايا المتنازع فيها ويستغل الخصومات القائمة (١). أما إذا وهب صاحب الحق حقه بعوض ، فإن كان العوض من الأهمية بحيث يجعل النزول عن الحق بمقابل جاز الاسترداد ، وإلا غلبت صفة التبرع وامتنع على المدين استرداد الحق (٢) . ولا بد أن يكون المقابل نقداً أو أشياء مثلية على الأقل حتى يتمكن المسترد من أن يدفع مثلها للمشتري . فإذا كان النزول عن الحق من طريق المقايضة ، لم يجز الاسترداد ، لأن المسترد لا يستطيع أن يدفع للمشتري مثل العوض بل كل ما يستطيع أن يدفعه هو قيمة العوض والقيمة لا تجزىء عن المثل (٣) . وليس معنى ذلك أن يكون النزول عن الحق المتنازع فيه حتماً من طريق البيع (٤) ، فقد يكون من طريق آخر وبمقابل نقدي فيجوز

---

= وحامد زكي فقرة ٦٠٨ - وانظر من الرأي الثاني بودري وسينيا فقرة ٩٣٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢١ .

ويستوى في جواز حق الاسترداد أن يلم المشتري بقيام النزاع في الحق أو لا يلم ، إلا أنه إذا كان لا يلم بقيام النزاع جاز له الرجوع أيضاً بالصلبان حل البائع (قارن المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيني في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤) .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ - هذا إلى أنه لا يوجد مقابل للحق يدفعه المدين إذا هو استعمل حق الاسترداد ، ولا يجوز أن يسترد بدون مقابل فإن صاحب الحق لم يقصد أن يتبرع له هو .

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ راجعاً هامش رقم ١٤ - بودري وسينيا فقرة ٩٣٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ ص ٤٠٢ .

(٣) بودري وسينيا فقرة ٩٣٣ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٨٠ - الأستاذ عبد المنعم اليدراري فقرة ٤٠٦ - مكس ذلك الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧١ .

(٤) وإن كان هذا هو الغالب . ويجوز الاسترداد متى لو كان البيع قضائياً في المزداد (جوار ٢ فقرة ٨٩١ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ راجعاً ص ١٧٧ هامش رقم ١٤ - بودري وسينيا فقرة ٩٣٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧١ - وقارن كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٨٢ - الأستاذ عبد المنعم اليدراري فقرة ٤٠٦ - وأنظر في عدم جواز الاسترداد إذا وكل صاحب الحق المتنازع فيه شخصاً آخر في قبض الحق من المدين في مقابل جزء من هذا الحق كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٨٠ ص ٦٤٥ .

الاسترداد . مثل ذلك أن يكون هناك حق بين شخصين كل منهما يدعي أنه له ، ثم إن هذا الحق نفسه يتنازع فيه المدين ، فلو أن صاحبي الحق المتنازعين اصطالحا فأعطى أحدهما الآخر مبلغاً من النقود حتى ينزل له عن ادعائه ، فإن المدين يستطيع أن يسترد حقوق هذا الآخر برده المبلغ للأول ، ولكن يبقى الأول على ادعائه فهو لم يحصل على شيء في مقابله (١) . كذلك إذا كان صاحب الحق المتنازع فيه في ذمته مبلغ من النقود لدائن ، فوفاه الدين بالحق المتنازع فيه ، جاز للمدين في الحق المتنازع فيه أن يسترد الحق من الدائن بأن يرد له الدين الذي كان له في ذمة صاحب الحق . وإذا باع صاحب الحق المتنازع فيه حقه هذا مع أموال أخرى بثمن واحد ، جاز للمدين أن يسترد الحق المتنازع فيه بمحصة من الثمن (٢) .

#### ١٠٦ - كيف يكون الاسترداد : يتم الاسترداد باجتماع أمرين :

(١) إعلان المدين إرادته في الاسترداد (٢) ورده للمشتري الثمن الحقيقي وفوائده والمصروفات .

ويعلم المدين (٣) إرادته في الاسترداد دون حاجة إلى شكل خاص . فإذا

---

(١) بودري وسهنا فقرة ٩٣٤ - بلايول وريير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ - قانون الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ - والأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٧١ هامش رقم ٤ - والأستاذين أحد نجيب الهلال وحامد زكي ص ١٢٠ هامش رقم ٤ .  
ويمكن إيراد مثل آخر لصلح حل النحر الآتي : دائن بألف وله مديتان متضامتان يتنازعهما في الدين ، فاصطاح مع أحدهما حل النحر الآتي : دائن بألف وله مديتان متضامتان يتنازعهما في الدين الآخر ، كان لهذا المدين الآخر أن يسترد حصة في الدين - وهي خمسمائة - بما يقابلها في مبلغ الصلح بأربعمائة . وقد وصل التتبعين للمدين الجديد إلى هذه النتيجة عن طريق آخر ، فحصل المدين المتضامن الآخر أن يستفيد من الصلح ، إذ نص في المادة ٢٩٤ من قانونه أنه إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامتين وتضمن الصلح الإبراء من المدين أو إبراء اللزمة منه بأية وسيلة أخرى ، استغفار منه الباقيون .

(٢) بلايول وريير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٧ .

(٣) وإذا كان هناك مدينون متضامنون متصدعون ، جاز لكل منهم أن يتصلح حتى الاسترداد ، ويرجع حل الباقيين كل بقدر حصته ( بلايول وريير وهامل ١٠ فقرة ٣١٨ ص ٤٠٣ ) - ويجوز تلفل للمدين ، كالوارث ، أن يستصلح حتى الاسترداد ( بلايول وريير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ ) . ويجوز لدائن المدين أن يتصلح باسمه حتى الاسترداد .

كانت هناك دعوى بالحق المتنازع فيه منظورة أمام المحاكم - بأن يكون الدائن. قد رفع الدعوى يطالب المدين بالحق ودخل فيها المشتري خصماً أو رفعها المشتري ابتداء على المدين يطالبه بالحق الذي اشتراه - فالمدين يعلن إرادته في الاسترداد عن طريق طلبه في المحكمة من المشتري بالشكل العادي الذي تبدي به الطلبات في الخصومة . ويوجه الطلب إلى المشتري دون الدائن ، فالمشتري وحده هو الخصم في الاسترداد (١) . وإذا لم تكن الدعوى منظورة ، بأن لم ترفع دعوى أصلاً بالحق المتنازع فيه وإنما قام في موضوعه نزاع جديد ، أو رفعت الدعوى وصدر فيها حكم ، زال باب الطعن العادي مفتوحاً فيه ولكن لم يرفع الطعن فعلاً ، فطلب الاسترداد يكون باعلان المدين إرادته ، ويوجه هذا الإعلان إلى المشتري دون الدائن كما قلنا ، ويحدث الإعلان أثره من وقت وصوله إلى علم المشتري وفقاً للقواعد العامة (٢) .

ويجب أن يرد المدين للمشتري رداً فعلياً - أو يعرض عرضاً حقيقياً - التئن وفوائده من وقت الدفع والمصرفات ، فان طلب الاسترداد لا يحدث أثره إلا

---

(١) ولا يجوز أن يكون طلب الاسترداد طلباً احتياطياً ، بأن يطلب المدين طلباً أصلياً الحكم بعدم صحة الدين أو بانتقضائه مثلاً وطلباً احتياطياً باسترداده من المشتري ، لأن الاسترداد على هذا النحو يكون استرداداً لحق غير متنازع فيه إذ هو لا يقرم إلا بعد تصفية النزاع وإقرار الدين قضاء . هنا إلى أن الطلب الاحتياطي ليس من شأنه أن يضع حداً للخصومة ، إذا هو لا يوجد إلا بعد القضاء فيها ( استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٥٥ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٨٠ - بودري وسهنا فقرة ٩٤٠ - بلانيول وديير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٩ ص ٤٠٨ ) .

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٣٥٤ مدني (قديم) لا تخول المدين الحق في استرداد الدين المبيع يعرض التئن على المشتري إلا إذا كان ذلك حاصل بصفة أصلية وبغير تنازعه في أصل الدين رغبة في إنهاء الخصومة صلحاً على هذا الأساس (نقض مدني ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٠٩ ص ٣١٧) .

ولو كان الحكم بما يجوز الطعن فيه بطريق عادي ، وقبل الحكم طلب المسترد الاسترداد بصفة احتياطية ، جاز له ذلك ، لأنه حتى بعد صدور الحكم يبق الحق متنازعا فسه ( الأستاذ منصور محضن منصور فقرة ١١٩ ص ٢٧٢ ) .

(٢) وإذا تنازع المشتري في صحة الاسترداد ، رفع الدين دعوى عليه يطلب فيها الحكم بصحة الاسترداد .

إذا تم هذا الرد أو العرض (١). ذلك أن نص القانون (م ١/٤٦٩) مدنى صريح فى أن لا للتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل الثمن الحقيقي الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من يوم الدفع . ولأن التخلص من المطالبة بالحق المتنازع فيه لا يكون إلا من يوم الوفاء ، والوفاء لا يكون إلا بالدفع الفعلى أو العرض الحقيقي إذا لم يقبل المشتري الدفع الفعلى أو تنازع فى صحته . والذى يجب أن يدفع فعلاً أو يعرض عرضاً حقيقياً هو ما بأتى : (١) الثمن الحقيقي الذى دفعه المشتري لشراء الحق المتنازع فيه ، وأراد القانون بذكر لفظ « الحقيقي » التحرز من الثمن الصورى الذى قد يذكره المتبايعان فى عقد البيع ، فزيدان من الثمن الحقيقي حتى يمتعا المدين من الاسترداد أو يجعل الاسترداد أكثر كلفة . وللمدين أن يثبت بجميع الطرق أن الثمن المذكور فى العقد ليس هو الثمن الحقيقي ، وأن يقتصر على دفع الثمن الحقيقي أو عرضه (٢) . (٢) فوائد هذا الثمن من وقت أن دفعه المشتري البائع . والمراد هنا الفوائد بالسعر القانونى - ٤٪ فى المسائل المدنية و ٥٪ فى

(١) بودرى وسينيا فقرة ٩٥٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٤ - الأستاذ عبد المصم البدرى فقرة ٤٠٧ ص ٥٩٥ - قانون أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ وأبما ص ١٨٠ - بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٣٢١ ص ٤٠٨ - كولان وكابيتان ٣ فقرة ٩٨٣ - الأستاذين أحمد نجيب المخلد وحامد زكى فقرة ٦١٠ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩١ - الأستاذ محمد كامل برسى فقرة ٢٤٠ ص ٤٥٨ .

(٢) وإذا كان البائع قد منح المشتري أجلاً للوفاء بالثمن ، فليسترد أن يستفيد من أجله الأجل ، ولكن لقضاء أن يلزمه بتقديم تأمين كاف يضمن السداد (بودرى وسينيا فقرة ٩٤٤ - بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٣٢١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٣ ص ٤٠٦ . وإذا باع المشتري الحق قبل استكمال حق الاسترداد ، فالمتنازل ضده يستعمل حق الاسترداد ضد المشتري من المشتري لا ضد المشتري ، ويدفع له الثمن الذى اشترى به سواء كان أكثر من الثمن الأول الذى دفعه للمشتري البائع أو أقل . ذلك أن الاسترداد ليست له مدة مقررة قانوناً يجب أن يستعمل فى خلافها ، فيجوز استكمال هذا الحق فى أى وقت إل أن يحسم النزاع فى شأن الحق . وعند استماله يوجه لمن كان الحق منتقلاً إليه وقت الاستعمال ، سواء كان المشتري أو مشترىه منه أو مشترىه ثالثاً أو مشترىه بعد ذلك (بودرى وسينيا فقرة ٩٤٥ - بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٣ ص ٤٠٦ - الأستاذ محمد كامل برسى فقرة ٢٤٠ ص ٤٥٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٩ ص ٢٧٣ - وانظر مكرر ذلك فندفع المسترد المشتري لثالث الثمن الذى تلقى دفعه المشتري الأول البائع : ديمولوب ١٦ فقرة ١١٠ - جوار ٢ فقرة ٩٠٣ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ وأبما حاشى ٢٢ مكرر ثالثاً ) .

المسائل التجارية - لتعويض المشتري عن المدة التي بقى فيها محروماً من الثمن لا ينفع به . وفى مقابل ذلك يرد المشتري للمدين ثمرات الحق المتنازع فيه ، فان كان ديناً ينتج فوائد تقف هذه الفوائد ولا يدفعها المدين للمشتري منذ اليوم الذى دفع فيه المشتري الثمن للدائن ، وإن كان عقاراً رد المشتري ثمراته من ريع أو محصولات للمتنازل ضده . أما إذا كان الثمن الذى اشترى به المشتري الحق المتنازع فيه مؤجلاً وينتج فوائد ، فان المتنازل ضده يتحمل هذا الثمن مؤجلاً كما كان ويدفع الفوائد المتفق عليها ، وهذه غير الفوائد القانونية التى أشرنا إليها فيما تقدم . ويلتزم بهذا نحو المشتري ، والمشتري يبقى ملتزماً نحو البائع كما سئرى . (٣) مصروفات التنازل عن الحق المتنازع فيه ، كرسوم التسجيل فى العقار ورسوم الورقة الرسمية أو التصديق على الإمضاء ورسوم التفتة والسمسرة وأتعاب المحامى وغير ذلك (١) . ويتحمل المسترد أيضاً مصروفات الاسترداد ، ويدخل فيها مصروفات دعوى المطالبة بالحق إذا كان المشتري هو الذى رفعها على المتنازل ضده ، فان هذه الدعوى قد انقضت دون حكم فتحمل المشتري مصروفاتها ف يرجع بها على المتنازل ضده (٢) . وكذلك يرد للمتنازل ضده مصروفات دعوى المطالبة بالحق التى قد يكون صاحب الحق رفعها ضده وانتهت دون حكم ، وذلك فيما إذا كان المشتري قد تحملها ، أما إذا لم يرجع بها صاحب الحق على أحد فالغالب أن يكون قد أدخلها فى الثمن الذى باع به الحق وقد رأينا أن المتنازل ضده يجب عليه رد هذا الثمن للمشتري .

#### ١٠٧ - الوفاء الذى ترتب على الاسترداد : إذا استرد المتنازل ضده

الحق المتنازع فيه من المشتري ، فان هذا لا يعنى أنه أقر بأن الحق ليس له . وكل معناه بالاسترداد أنه قصد وضع حد للنصومة القائمة ، حتى ينحسم النزاع فى أمر لا تعرف مغيبته (٣) .

(١) وإذا كان المشتري قد دفع رسوماً أكبر بسبب المبالغة فى الثمن ، لم يكن له أن يرجع على المسترد بما زاد من هذه الرسوم ( الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٢ ص ٤٠٦-٤٠٧ ) .

(٢) بلاتيرول ورييه وعامل ١٠ فقرة ٣٢١ ص ٤٠٨ .

(٣) وقد رأينا أنه إذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً حول إل آخر . وقيل للمدين المحاولة دون تحفظه سقط حقه فى الاسترداد ( أنظر آنفاً فقرة ١٠٥ فى المامش ) . أما إذا =



والاسترداد إذا تم على الوجه الصحيح يكون له أثره : ( أولاً ) في العلاقة ما بين المشتري والمتنازل ضده . ( ثانياً ) وفي العلاقة ما بين المشتري والبائع . ( ثالثاً ) وفي العلاقة ما بين المتنازل ضده والبائع .

ففي العلاقة ما بين المشتري والمتنازل ضده ، يحل الثاني محل الأول بموجب الاسترداد . ولا يعتبر الاسترداد شراءً جديداً للحق المتنازع فيه صدر من المشتري للمتنازع ضده ، بل إن المشتري يعتبر - في العلاقة ما بينه وبين المسترد - أنه لم ينتقل إليه الحق أصلاً وقد انتزعه منه المسترد . ويترتب على ذلك أن جميع الحقوق التي يكون قدرتها المشتري على الحق قبل الاسترداد تسقط ، وتعتبر كأن لم تكن (١) . فإذا كان الحق المتنازع فيه عقاراً ، سقط كل ما رتبته المشتري على هذا العقار من رهون أو تصرفات أخرى كحقوق ارتفاق أو حقوق انتفاع . وتسقط الحجز التي يكون دائن المشتري قد وقعها تحت يد المتنازل ضده إذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً ، إذ هي تعتبر واردة على حق ليس للمشتري (٢) .

وفي العلاقة ما بين المشتري والبائع يبقى البيع قائماً ، فلا ينتقص بالاسترداد (٣) . وهذا بخلاف الشفعة وحق الاسترداد بوجه عام ، فهناك يحل المسترد محل المشتري نحو البائع ، أما هنا فالاسترداد بوجه ضد المشتري وحده دون البائع ، فلا تتأثر بالاسترداد العلاقة ما بين المشتري والبائع . ومن ثم يكون للبائع حق مطالبة المشتري بأثمانه والالتزامات الأخرى الناشئة عن عقد البيع ، ولا يحل المسترد

---

== احتفظ المدين بمقته في العلن في الدين عند قبول الحوالة ، جاز له بعد ذلك أن يسترد ( استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٢/٢٤ ص ٩١ ) .  
وإذا حول المدين عليه في جرعة حقه في التوفيق إلى آخر ، جاز لهم أن يسترد الحق مع بقاء متكرراً ارتكاب الجريمة ومتكرراً استحقاق المدين عليه التوفيق ( هيك ٢ فقرة ٦٦٣ - بوددي وسينيا فقرة ٩٥١ ) .

(١) لكن إذا باع المشتري الحق من مشتر ثان ، فقد قلنا أن الاسترداد يوجه إلى المشتري الثاني بأثمان الذي دفعه هذا المشتري الأول ، فلا يسقط تصرف المشتري الأول في الحق بالبائع ( انظر آنفاً فقرة ١٠٦ في المباحث ) .

(٢) قانون الأستاذ منصور مصطلح منصور فقرة ١٢٠ ص ٢٧٦ - ص ٢٧٧ .

(٣) قانون الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٢ - والأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٢ .

عمل المشتري في هذه الالتزامات ، فان البائع لم يتعامل معه فلا يجبر على معاملته . ولا يرجع المشتري على البائع بالضمان ، بعد ان انتزح المسترد الصفقة من المشتري ، وذلك ما لم يكن المشتري يجهل أنه اشترى حقاً متنازعا فيه ، فان جهل ذلك رجع على البائع بالضمان والتعويض (١) .

بقيت العلاقة ما بين البائع والمسترد . والخصوصية التي تميز هذا النوع عن الاسترداد عن غيره من الأنواع الأخرى أن المسترد هنا مدعي بالحق المتنازع فيه البائع ، فهو غير أجنبي عن الحق بخلاف الشفع الأجنبي عن العين المشفوعة . وهو إذن لا يتلقى الحق ، بل ينهيه إذا كان حقاً شخصياً ، ويقطع الخصومة فيه إذا كان حقاً عينياً . ويترتب على ذلك أن الحق المتنازع فيه لا ينتقل من البائع إلى المسترد ، فقد كان حقاً متنازعا فيه ما بين البائع والمسترد ، وكل ما حدث بالاسترداد أن هذا النزاع قد انحسم ، ولم يعد للبائع حق في مطالبة المسترد بشيء من الحق المتنازع فيه ، ويكون للاسترداد الأثر الذي للصلح في حسم النزاع . فاذا كان الحق المتنازع فيه ديناً يدينه البائع في ذمة المسترد ، فان الاسترداد لا ينتقل الدين إلى المسترد فينتفى بالتحداء الذمة ، بل إن الاسترداد يحسم النزاع في الدين فيعتبر كأنه لم يكن في ذمة المسترد (٢) . وإذا كان الحق

---

(١) أوبري ورد ٥ فقرة ٣٥٩ وأبنا ص ١٨٢ — بودري وسينيا فقرة ٩٥٥ — هكس ذلك بلانويل وريبر وهامل ١٠ فقرة ٣٢٢ ص ٤٠٩ — وقاون الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧٠ — وانظر آنفاً فقرة ١٠٥ في الخامس .

(٢) بودري وسينيا فقرة ٩٥٨ — وما ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التهيدي في هذا الصدد في حاجة إل التحرير ، فقد ورد ما يأتي : « وإذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً ، فاسترداده يمكن تكيفه على أنه شراء الحق من الدائن ، ثم انقضاء الحق بعد ذلك باتحاد الذمة . وإذا كان الحق عينياً ، فاسترداده يكون شراء فيه معنى الصلح » ( مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٥٠ ) . والصحيح ما قرره . انظر في معنى المذكرة الإيضاحية الأستاذ سلسان مرقس فقرة ٢٨٩ ص ١٧٥ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٨ ص ٤٥٥ .

ونظر الأستاذ عبد المنعم البدراوي فيما ذكره في هذا الصدد إذ يقول : « الاسترداد لا يعبر أن يكون وسيلة لإبراء ذمة الدين . . . ليس من أثر الاسترداد إنشاء علاقة مباشرة بين البائع والمسترد ، فلا يستلزم البائع مطالبة المسترد بالتأمين بدعوى مباشرة ، وإنما يرجع عليه باستعمال دعوى مدنية أي المشتري المتنازل إليه . ثم إن المسترد لا يعبر أنه تلقى حقاً من المشتري الذي استعمل خيار الاسترداد في مواجهته ، لأن كل ما يتربط على الاسترداد هو انتهاء الدين إذا كنا —

المتنازع فيه عقاراً ، انقطع النزاع فيه وخلصت ملكيته للمسترد دون منازعة من البائع . ولا يعتبر المقار قد انتقل من البائع إلى المسترد ، بل يعتبر أنه كان دائماً ملك المسترد ، ومن ثم لا يلزم تسجيل الاسترداد . وإذا كان المشتري قد اشترى بشئ من مؤجل ، وأصبح المسترد ملزماً بهذا الثمن إلى أجله (١) ، فإنه لا يكون ملزماً بشئ نحو البائع ، بل هو ملزم نحو المشتري ، وهذا ملزم نحو البائع (٢) كما سبق القول .

#### ١٠٨ - المحالة الاستثنائية التي لا يجوز فيها الاسترداد : لما كان

حق الاسترداد قد أعطى للقضاء على المضاربة في الحقوق المتنازع فيها ولمنع استغلال الخصومات ، فقد نصت المادة ٤٧٠ مدني ، كما رأينا على حالات استثنائية أربع لا يجوز فيها الاسترداد لانقضاء فكرة المضاربة . وهذه الحالات هي (٣) :

١ - إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت جزئاً

---

== بصدد حوالة أو زوال النزاع الذي دار حول الحق الذي محل التنازل . ولهذا إذا تعلق الاسترداد بحق عين عقاري ، فليس من الواجب تسجيله . وبالملاحة أنه نظراً للطبيعة الخاصة لتغيير استرداد الحق المتنازع فيه ، فإن المسترد لا يعتبر غافلاً عما أساء البائع ( المتنازل ) ولا المشتري ( المتنازل إليه ) لأننا بصدد حق متنازع فيه كان المسترد نفسه طرفاً فيه » ( الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ٤٠٩ ص ٥٩٧ - ص ٥٩٨ ) .

(١) يردى وسنيا فقرة ٩٤٤ - بلانيرول وريير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٧ .  
(٢) ويستطيع البائع أن يرجع على المسترد بأشئ من طريق الدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدية المشتري قبل مدية الدين وهو المسترد . ويذهب الفقه في فرنسا ، ولتألف القوانين الفرنسي القديم ، إلى أن البائع يستطيع أن يرجع أيضاً بدعوى مباشرة على المسترد ( بلانيرول وريير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٢ ص ٤٠٩ - كولان وكابيتان ، فقرة ٩٨٤ - وانظر في هذا المعنى : الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٢ - الأستاذ أحمد نجيب الحلال وحامد زكي ص ٦٢٧ هامش رقم ١ ) . ونرجع للرأي الذي ذهب إليه الأستاذ عبد المنعم البدراني من أن البائع لا يستطيع مطالبة المسترد بأشئ بدعوى مباشرة ( فقرة ٤٠٩ ) وقد سبق الإشارة إلى ذلك ) ، لأن الدعوى المباشرة لا تكون إلا بنصر ، ولا يوجد نص هنا يجعل البائع أن يرجع بدعوى مباشرة على المسترد .

(٣) وهي مذكورة على سبيل المصير ، فليخبرها يجوز الاسترداد دائماً ( لوران ٢٤ فقرة ٦١٠ - جيوار ٢ فقرة ٨٩٧ - يردى وسينا فقرة ٩٦٠ ) .

بشمن واحد . مثل ذلك بيع التركة ، فهى مجموع من المال بما له من حقوق وما عليه من ديون ، وسرى أن بيع التركة هو بيع لهذا المجموع دون نظر إلى عنصر من عناصره بالذات . فإذا كان في التركة حق متنازع فيه ، فإن هذا الحق يفقد ذاتيته ويفنى مع العناصر الأخرى في مجموع التركة ، فتتعدم فكرة المضاربة في هذا الحق بالذات ، فلا يجوز الاسترداد . ويترتب على ذلك أنه إذا اشترى شخص من وارث نصيبه في التركة ، وكان ضمن هذا النصيب دين للتركة في ذمة أجنبي وهو دين يتنازع فيه للمدين ، فإن المشتري لنصيب الوارث وقد أصبح صاحب هذا الدين المتنازع فيه يستطيع أن يطالب به المدين ، ولا يستطيع المدين أن يسترده منه . فإذا صنى النزاع في الدين ، وثبت استحقاق التركة له ، وجب على المدين أن يدفعه كله لمن اشترى نصيب الوارث .

٢ - إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك (٥) ، وباع أحدهم نصيبه من الآخر . فإذا فرضنا أن حقاً متنازِعاً فيه يملكه شخصان في الشبوع ، إما لأتباعهم وورثاه عن مورث مشترك أو اشترياه معاً ، ثم باع أحد الشريكين نصيبه في الحق من الآخر ، فإن الاسترداد لا يجوز في هذه الحالة . ذلك أن المقروض أن يكون شراء الشريك لنصيب شريكه لا يقصد به المضاربة ، بل هو قسمة أو هو خطوة نحوها (٦) . أما إذا كان الشريكان في الحق يتنازعا بهما أجنبي يدعى ملكية الحق معهما ، وكان الحق ذاته متنازِعاً فيه مع المدين به ، ثم زل الأجنبي عما يدعيه للشريكين ، جاز للمدين أن يسترد . ذلك أننا خرجنا عن نطاق الاستثناء الذى نحن بصددده ، فهذا الاستثناء يقتضى

---

(٥) أو شركة ( بلانيول وروبير وهامل ١٠ بقرة ٢٢٣ ) .

(٦) ومن ثم لا يجوز الاسترداد حتى لو كان الحق ملوكاً لأربعة أشخاص مثلاً ، وباع واحد منهم نصيبه لأحد الشركاء الثلاثة . فبالرغم من أن الحق لا يزال شائعاً بين الثلاثة ، إلا أن فكرة القسمة لا تنقضي ، وهذا البيع خطوة نحوها .

ولاحظ أنه في الحالة نحن بصدددها - بيع أحد الشركاء نصيبه لشريك آخر - يمنع الاسترداد ، فوق انتفاء فكرة المضاربة ، اعتبار آخر هو أن الاسترداد لا يمنع من استمرار المتنازعة والنقصومة ، إذ أنه لا يؤدي إلى أكثر من استرداد نصيب البايع ، ويبقى الشريك الآخر بنصيبه للمتنازع فيه مستمراً في النقصومة .

أن يبيع أحد الشريكين من الآخر نصيبه ، لا أن أجنبياً عنها يكون هو المتصرف (١) .

٣ - إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء الدين المستحق في ذمته . والمفروض هنا أن للمدين حقاً متنازِعاً فيه في ذمة آخر ، فنزل عن هذا الحق لدائته وفاء بالدين الذي في ذمته له . قالواضح أن الدائن ، عندما قبل نزول مدينه عن حقه ، لم يقصد المضاربة ، وإنما قصد أن يستوفى حقه . ومن ثم لا يجوز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يتخلص من المطالبة باسترداد الحق من الدائن الذي استوفى بهذا الحق حقه ، لأن الاسترداد هنا لا مبرر له (٢) . وقد ينزل المدين وفاء لدينه عن حق متنازع فيه ، ولا يكون هذا الحق كافياً لوفاء الدين ، فيدفع معه مبلغاً إضافياً من النقود . مثل ذلك أن يكون في ذمة المدين لدائته أربعة آلاف ، فوفيه حقاً متنازِعاً فيه مقداره أربعة آلاف ومعه مبلغ إضافي مقداره خمسمائة . فكأنه وفي مدينه خمسمائة ، والباقي من الدين ومقداره ثلاثة آلاف وخمسمائة وفاء بأربعة آلاف متنازع فيها . ففي هذا المثل لا تدل الأرقام على أن هناك مضاربة في الحق المتنازع فيه ، فقد استوفى الدائن الدين الذي له بحق متنازع فيه يزيد عليه زيادة معقولة تقابل خطر النزاع . وإذا عكسنا الفرض ، وقلنا إن في ذمة المدين ثلاثة آلاف فوفاهما بحق متنازع فيه مقداره أربعة آلاف على أن يعطى الدائن للمدين معدلاً (soulte) لهذه الصفقة مقداره خمسمائة ، فإن الدائن يكون قد أعطى المدين خمسمائة فوق الثلاثة آلاف ، واستوفى الثلاثة والآلاف والخمسمائة بأربعة آلاف متنازع فيها ، فلا تدل الأرقام هنا أيضاً على فكرة المضاربة . ولكن إذا كان الدين الذي في ذمة المدين هو ألف فقط ، والمسألة بجملها ، فإن الدائن يكون قد أعطى خمسمائة فوق الألف ، واستوفى الألف وخمسمائة بأربعة آلاف متنازع فيها ، وقد يكشف قاضي الموضوع في هذه الحالة من الأرقام والظروف الأخرى فكرة

(١) بوردي وسيثيا فقرة ٩٦٢ .

(٢) ولكن قد يعمد الطرفان إلى التمايل ، فيشتتان ديناً سوريا لأحدهما حل الآخر ، ثم ينزل للمدين للدائن من حق له متنازع فيه وفاء لهذا الدين السوري . فالاسترداد هنا يجوز ، لأن الصلقة أريدت بها المضاربة وقد أخفيت تحت ستار هذا الدين السوري .

المضاربة فيجعل للمدين بالحق المتنازع فيه حق الاسترداد (١).

٤ - إذا كان الحق المتنازع فيه بثقل عقاراً وبيع الحق لحائز العقار . والمفروض هنا أن عقاراً منقول برهن يكفل ديناً على مالكه متنازعا فيه . وباع المدين العقار المرهون من آخر ، فالحائز للعقار وهو المشتري يكون مسئولاً عن الرهن الذي بثقل العقار وله حق التطهير ، ولكن إجراءاته معقدة وهو غير مأمون العاقبة . فيعمد إلى شراء الحق المتنازع فيه المكفول بالرهن ، حتى يمنع الدائن المرتهن من تتبع العقار . ولا يستطيع المدين بالحق المتنازع فيه - وهو المدين الذي باع العقار - الاسترداد في هذه الحالة ، فإن الذي دفع حائز العقار إلى شراء الحق المتنازع فيه لم يكن فكرة المضاربة ، بل إنه أراد تجنب إجراءات الدائن المرتهن (٢) . مثل ذلك أن يشتري شخص عقاراً من آخر بأربعة آلاف ، وعلى العقار رهن بألف متنازع فيها فإذا دفع المشتري كل الثمن للبائع ، ثم اشترى الذين المضمون بالرهن ومقداره ألف بثأمانية ، فانه يرجع على المدين وهو بائع العقار بألف ، ولا يجوز لهذا المدين أن يسرد الدين بثمنه فيدفع ثأمانية بدلا من الألف . وإذا اكتفى المشتري بأن يدفع من الثمن ثلاثة آلاف ليسبق ألفاً لوفاء الدين - وهذا ما يقع عادة - ثم اشترى الدين بثأمانية ، لم يجوز للمدين بائع العقار أن يتمسك بحقه في الاسترداد ليرجع على المشتري بالفرق بين الدين ومقداره ألف وبين ثمنه ومقداره ثأمانية (٣) .

---

(١) بودى وسبينا فقرة ٩٦٥ .

(٢) بلائيول وريير وعامل ١٠ فقرة ٣٢٣ ص ٤١٠ - جورمان ٢ فقرة ٨١٥ ص ٤٤٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٠ - الأستاذ عبيد المصطفى البدرأوى فقرة ٤١٠ ص ٩٩٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧٠ .

ويورد التفتين المدق الفرنسي ، وعلى غرارهُ أورد التفتين المدق المصري السابق ، لتقرير هذه الحالة الرابعة ، مبادرات غامضة لا يستعين بها في وضوح غرض المشرح : أنظر في نص التفتين المدق الفرنسي كولان وكايتان ٣ فقرة ٩٨١ ، وفي مثل مناسب لمباراة التفتين المدق المصري السابق وهي عبارة غامضة الأستاذين أحمد نجيب الملل وحامد زكي فقرة ٦١٦ .

(٣) أنظر في الحالات الاستثنائية الأربع المذكورة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤ .

## ب - بيع الحقوق المتنازع فيها لمال القضاء

١٠٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٧١ من القانون المدني

على ما يأتي :

« لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكافة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا ، لا بأسمائهم ولا باسم مستعار ، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وإلا كان البيع باطلاً . »

وتنص المادة ٤٧٢ على ما يأتي :

« لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار ، وإلا كان العقد باطلاً (١) . »

وقابل هذه النصوص في القانون المدني السابق المادة ٢٥٧/٣٢٤ (٢) .

### (١) تاريخ النصوص :

م ٤٧١ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٧ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في القانون المدني الجديد فيما عدا فروقا لفظية ، زالت في لجنة المراجعة ومجلس النواب ، وأصبح النص رقم ٤٩٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧١ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٥ - ص ٢٥٢ ) .

م ٤٧٢ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٨ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في القانون المدني الجديد فيما عدا فروقا لفظية ، زالت في لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقم ٤٩٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٢ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٢ - ص ٢٥٣ و ص ٢٥٦ ) .

(٢) القانون المدني السابق م ٣٢٤/٢٥٧ : لا يجوز للقضاة أو وكلاء المحفزة الخديوية وكتبة المحاكم والمحضرين والأفركاتية أن يشتروا ، بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم ، لا كلا ولا بشفا من الحقوق المتنازع فيها التي تكون رؤيتها من خصائص المحاكم التي يمارسون فيها وظائفهم ، فإذا وقع ذلك كان البيع باطلاً . وفي هذه الحالة يكون البيع باطلاً أصلاً ، ويمكن بطلانه بناء على طلب أي شخص له فائدة في ذلك ، ويجوز للمحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها . =

وتقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري  
للمادتين ٤٣٩ - ٤٤٠ . وفي التفتين المدني الليبي المادتين ٤٦٠ - ٤٦١ -  
وفي التفتين المدني العراقي المادتين ٥٩٥ - ٥٩٦ - وفي تفتين الموجبات والعقود  
الليثاني للمادتين ٣٨٠ - ٣٨١ (١) .

١١٠ - **البيع لعمال القضاء وحق الاسترداد** : ونرى من ذلك أن  
لبيع الحقوق المتنازع فيها خاصية أخرى . فقد رأينا فيما تقدم أن بيع الحق المتنازع  
فيه يجعل للمدين حق الاسترداد من المشتري . وهنا نرى أن المشتري إذا كان  
أصداً من عمال القضاء - وبالتحديد أحداً ممن ذكروا بالنص - فإن البيع يكون  
باطلاً ، ومن ثم لا يكون هناك محل للاسترداد إذ لا استرداد في بيع باطل .  
وقد ربط التفتين المدني الجديد ما بين النصوص المتعلقة ببيع الحقوق المتنازع

== ( والأحكام مطقة في التفتينين . ولم يرد في التفتين السابق نص خاص بتماثل الماس في  
الحق المتنازع فيه إذا كان وكلاء من صاحب الحق ، ولكن المادة ٣٢٤/٢٥٧ كانت تعتبر كافية  
لتحريم شراء الماس الحق أو جزء منه ، ويدخل في البيع الفراء بمقابل إذا كان الماس يأخذ بمقابل  
أتمناه جزأ من الحق المتنازع فيه ) .

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٤٣٩ - ٤٤٠ ( مطابقتان  
للمادتين ٤٧١ - ٤٧٢ من التفتين المدني المصري ) .

( وانظر في لقانون المدني السوري الأعضاء مصطفى الزرقا فقرة ٢٧٨ - فقرة ٢٨٩ ) .  
التفتين المدني الليبي م ٤٦٠ - ٤٦١ ( مطابقتان للمادتين ٤٧١ - ٤٧٢ من التفتين المدني  
المصري ) .

التفتين المدني العراقي م ٥٩٥ - ٥٩٦ ( مطابقتان للمادتين ٤٧١ - ٤٧٢ من التفتين المدني  
المصري - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الآتون فقرة ٣٦٢ - فقرة ٣٦٩ -  
والأستاذ عباس حسن الصفراف فقرة ٦١١ - فقرة ٦١٢ ) .

تفتين الموجبات والعقود الليثاني م ٣٨٠ : إن للقضاء والمحاكم والكتبة القضائية ومعاونهم  
لا يجوز لهم أن يشتروا بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم الحقوق المتنازع عليها والداعلة في حين  
اختصاص الحاكم التي يقومون بوظائفهم في دائرتها .

م ٣٨١ : إن زوجات الأشخاص المتقدم ذكرهم وأولادهم وإن كانوا راشدين يمتنعون  
أشخاصاً مستأجرين في الأحوال المنصوص عليها في المواد السابقة .

( والتفتين الليثاني يتفق في مجموع أحكامه مع التفتين المصري ، إلا أنه أغفل النص على إحدا  
أعضاء النيابة والمختصين كما أغفل النص على تحريم تماثل الماس في الحق المتنازع فيه المحكول إليه  
الدفاع عنه ، وأقام قرينة قانونية على أن الزوجة والولد يعتبران أسباً مستأجرين ) .



فها ريباً لم يكن موجوداً في التقنين الملغى السابق ، إذ أن هذا التقنين الأخير عرض لحق الاسترداد في مكان والبيع لعمال القضاء في مكان آخر ، وبعده ما بين المكانين حتى صار الربط بينهما ينطوي على شيء من الخفاء . ومذ ربط بينهما التقنين الحالي ، أصبح واضحاً أن بيع الحق للمتاع فيه لأحد عمال القضاء ، وهو بيع باطل ، لا يدع مجالاً لحق الاسترداد . فلا يجوز للمدين بالحق المتنازع فيه أن يسترد الحق ، ويطلب البيع أصلاً فيرجع الحق لصاحبه ، ويكون المدين ملتزماً نحوه بكل الدين إذا صنى النزاع وثبت وجود الدين في ذمة المدين . أما العكس فجائز ، فإذا فرضنا أن المدين بالحق المتنازع فيه هو أحد عمال القضاء وباع الدائن الحق من آخر ، فإنه يجوز للمدين - ولو أنه من عمال القضاء - أن يسترد الحق المتنازع فيه (١) . ولا يحتاج عليه في ذلك بأنه اشترى حقاً متنازعا فيه رؤية النزاع فيه من اختصاصه ، لأنه إنما حسم النزاع بهذا الاسترداد ، ولأنه لم يشتر الحق بل استرده لإبراء ذمته منه ، واسترداد الحق لإبراء الذمة غير شراله للمضاربة (٢) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويبيع المحقق المتنازع فيها على هذا النحو له خاصتان : (أ) أنه لا يجوز إذا كان البيع لعمال القضاء الذين يقع في اختصاصهم الفصل في النزاع . (ب) أنه يجوز إذا كان البيع لغير عمال القضاء المتقدم ذكرهم ، ولكن يستطيع من عليه الحق أن يتخلص منه إذا هو رد المشتري الثمن والمصرفات والقوائد . وقد ربط المشروع هاتين الخاصتين إحداها بالأخرى لما بينهما من العلاقة الظاهرة ، بخلاف التقنين الحالي (الساكن) فقد فصل موضوع استرداد الحق المتنازع فيه (م ٣٥٤ - ٤٤٢/٣٥٥ - ٤٤٣) عن موضوع تحريم بيعه لعمال القضاء (م ٢٢٤/٢٥٧) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٣) . وجاء في مكان آخر من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وحكم بيع الحق المتنازع فيه من حيث جواز الاسترداد قد يتدخل في حكم هذا البيع من حيث تحريمه على عمال القضاء . فإذا باع الدائن حقاً متنازعا فيه لأحد عمال القضاء ، كان البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً كما تقدم ، ولا يكون للمدين في هذا البيع الباطل أن يتخلص من الدين بفتح الثمن والمصرفات والقوائد . أما العكس فجائز ، ويكون لعمال القضاء الذي يتنازع في دين أن يتخلص منه إذا باعه الدائن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٥) .

(٢) انظر في هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان بقرة ٤٣٦ - الأستاذ سليمان مرقس بقرة ١٠٩ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٤٦٧ وعامش رقم ٢ - الأستاذ عبد المنعم قبلواوى بقرة ١٢٨ - الأستاذ منصور مصطفي منصور بقرة ١٢٤ ص ٢٨٢ - وانظر حكس ذلك : أبرهي دور ٥ بقرة ٣٥٩ وأبام ١٢ - جيوار بقرة ١٤٢ - الأستاذين أحمد نجيب الحلل وحامد زكي بقرة ٢٢٩ .

ويخلص مما تقدم أن القانون ينظر في وية إلى بيع الحق المتنازع فيه . فهو في التقليل ينطوى على فكرة المضاربة واستغلال الخصومات ، ومن ثم جعل القانون الجزاء على ذلك حقاً في الاسترداد يعطيه للمدين . فإذا زادت الربية وكان المشتري هو أحد عمال القضاء يشتري حقاً نظر النزاع فيه يقع في اختصاصه ، زاد الجزاء على ما تقدم ، إذ الشبهة هنا لا تتعلق فحسب بفكرة المضاربة ، بل تصل إلى حد استغلال التفوذ ، ومن ثم كان الجزاء أشد وقد جعله القانون بطلان البيع (١) . وحرر القانون بوجه خاص على المحامي التعامل مع موكله في الحق المتنازع فيه الموكل إلى أمر الدفاع عنه ، سواء بالبيع أو بغيره من التصرفات .

وقد عرفنا فيما تقدم ماهو الحق المتنازع فيه (٢) . ويبقى أن نعرف : (١) من هم المشترون للحقوق المتنازع فيها . (٢) وما هو الجزاء على شرأئهم لهذه الحقوق (٣) وأحكام تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه (pacte de quota litis) .

---

(١) ولكن لا يمنع عل مال القضاء بيع حق لم متنازع فيه ، لأن البيع بمكس الشراء يقطع صلتهم بالحق ويبيد عنهم الشبهات ( الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٣ - الأستاذ عبد المتم البدرأوى فقرة ١٢٤ ص ١٨٢ )

(٢) فالحق المتنازع فيه مناه واحد من حيث حق الاسترداد ومن حيث تحريم شرائه عل مال القضاء ، ومن ثم يكن ليكون الحق متنازعا فيه في الحالتين أن يقوم في شأن موضوعه نزاع جدى ولو لم ترفع دعوى به أمام القضاء ( قانون الأستاذ منصور مصطفى منصور. فقرة ١٢٣ ص ٢٧٩ ) . وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٢٥٧ مدني ( ٤٧١ جديد ) التي تحرم عل للقضاء وغيره شراء الحقوق المتنازع فيها تفيد عبارتها اشتراط أن يكون المتنازع عل الحق قائماً بالفعل وقت الشراء ومعرفاً للمشتري ، سواء أكان مطروحا عل القضاء أم لم يكن طرح بعد . وإذن فلا يكن لإبطال البيع أن يكون الحق للمسح قابلا للنزاع ومعتلا أن ترفع بشأنه دعوى . وعكة الموضوع ، إذ تقتصر في وصف كون الوقائع التي انتهت بقررتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق متنازعا فيه ، إنما تفصل في مسألة قانونية هي توافر ركن من الأركان القانونية للمادة ٢٥٧ مدني ( ٤٧١ جديد ) أو عدم توافره . وإذن فصلها في هذا خاضع لرقابة محكمة النقض ( نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٤ مجموعة حمر ١ رقم ١٧٨ ص ٣٨٩ ) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن النزاع في الحق المانع من البيع التي نصت عليه المادة ٢٥٧ مدني ( ٤٧١ جديد ) يجب أن يكون قائماً فعلاً أو محتملاً وقت التعاقد ، فكل نزاع محدد أو ينشأ بعد التعاقد لأسباب لم تكن ظاهرة ولا كانت في حساب المتعاقدين وقت التعاقد لا يصح أن يكون حائلا دون البيع للمتخاص الذين ذكرهم القانون ( استئناف مصر ١١ مايو سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٤١ رقم ٨٢ ) .

### ١١١ - المتروكة للحقوق المتنازع فيها : المحظور عليهم الشراء

هم القضاة وأعضاء النيابة والمحامون وكتبة المحاكم والمحضرون . وقد ذكروا في المادة ٤٧١ مدنى على سبيل الحصر ، فلا يجوز القياس عليهم ، ولا يمتد الحظر إلى الخبراء (١) ، ومنزجى المحاكم ووكلاء المحامين وكتبتهم وخدم المحاكم وحجابه وفراسيها والحراس ورجال الشرطة وأمورى الضبطية القضائية (٢) .

والقضاة يشملون كل من ولى وظيفة القضاء . فقضاة المحاكم الجزئية والمحاكم الكلية ومحاكم الاستئناف ومحكمة النقض ، كل هؤلاء القضاة والمستشارين يعتبرون « قضاة » . ويشمل اللفظ أيضاً مستشارى وقضاة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية (٣) ، كما يشمل قضاة المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمجالس المالية عندما كانت هذه المحاكم موجودة . والمحظور شراؤه على القاضى بنسب أو بضيق بحسب المحكمة التى يباشر فيها وظيفته . فقاضى المحكمة الجزئية لا يجوز له شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النظر فى النزاع من اختصاص محكمته الجزئية وحدها ، ويجوز له شراء الحقوق المتنازع فيها فيها عدا ذلك ولو كان النظر فى النزاع من اختصاص محكمة جزئية أخرى تابعة لنفس المحكمة الكلية التى تتبعها محكمته (٤) ، على أن يكون للمدين حق الاسترداد على النحو الذى قدمناه فيها يتعلق بهذا الحق . وقاضى المحكمة الكلية يمتد اختصاصه إلى دائرة محكمته ، بما فى ذلك اختصاص المحاكم الجزئية التابعة لمحكمته حتى لو كان النزاع يدخل فى

---

(١) لا يدخل الخبراء ولو كانوا مقيدين فى الجدرل (استئناف مخطوط ٢٦ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٤١) .

(٢) المذكرة الإنشائية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٢٠٥ .  
(٣) ولا يدخل مستشارو الرأى والتشريع فى مجلس الدولة والأعضاء الفنيون بهذين القسمين والموظفون الفنيون بوزارة العدل ، فكل هؤلاء ليست لهم ولاية القضاء . كذلك لا يدخل المحكمون ، هؤلاء لايسون « قضاة » .

(٤) غير أن محكمة استئناف مصر قضت بأن وكلاء النيابة بالمحاكم الجزئية يصحبون فى حكم من يؤدون وظائفهم فى دائرة المحكمة الكلية كلها ولأن المحاكم الجزئية ليست محاكم مستقلة بذاتها ، بل هى محاكم متفرعة عن المحاكم الكلية الرئيسية ، ووكلاء النيابة والقضاة فيها سينون أصلاً فى المحاكم الكلية ثم ينتهون للعمل فى الجزئيات ( استئناف مصر ١٣ يوليه سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٣٠ ص ٢٤١ ) .

الاختصاص التام للمحكمة الجزئية ، لأن مجرد احتمال رفع استئناف ولو غير مقبول يكفي لإلقاء ظل من الشبهة ، بل يجوز أن يتسع النزاع وتضم إليه طلبات إضافية تجعله قابلاً للاستئناف (١) . ومستشار محكمة الاستئناف يمتد اختصاصه إلى دائرة محكمة ، بما في ذلك اختصاص المحاكم الكلية والمحاكم الجزئية التابعة لهذه المحكمة . أما مستشار محكمة النقض فيمتنع عليه أن يشترى أى حق متنازع فيه ، لأن اختصاص محكمة يمتد إلى جميع أنحاء الدولة ، وهذا حتى لو كان الحكم في النزاع غير قابل للنقض للاحتيالات التي قدمناها .

وأعضاء النيابة يتدرجون من النائب العام إلى معاوني النيابة . ولا يدخل فيهم معاونو الإدارة ، ولا أعضاء النيابة الإدارية فهذه النيابة لم تكن موجودة وقت وضع التقنين الجديد . ولكل عضو نيابة اختصاص المحكمة التي يعمل فيها ، ويمتد اختصاص النائب العام إلى جميع أنحاء الدولة وكذلك المحامون العاملون وأعضاء النيابة الذين يعملون أمام محكمة النقض .

والمحامون هم كل من كان عضواً في نقابة المحامين ولو كان لا يزال تحت التمرين . ومن هؤلاء المحامين من لا يسمح لهم بالمرافعة إلا أمام المحاكم الجزئية ، فيحظر عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النزاع من اختصاص أية محكمة جزئية في جميع أنحاء البلاد . ومنهم من لا يسمح لهم بالمرافعة إلا أمام المحاكم الكلية والجزئية ، فيحظر عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها جميعاً . والمحامون المسموح لهم بالمرافعة أمام محكمة النقض أو أمام محاكم الاستئناف يحظر عليهم هم أيضاً شراء أى حق متنازع فيه (٢) .

(١) أوبري ورو ٥ ، ققرة ٣٥٩ رابعا ص ١٨٤ - بودري وسينيا ققرة ٢٦٠ - مكس ذلك ماركافيه م ١٥٩٨ ققرة ١ .

(٢) ومع ذلك فقد ذهب رأى إلى قصر المنع على حالة ما إذا كان المشتري مخائيا عن أحد المتنازعين ( الأستاذ خصى زغلول ص ٢٢٦ ) ، وذهب رأى آخر إلى قصر المنع على المحاكم التي يتراعى فيها المخاصمة بصفة مستمرة ( الأستاذ حلسي عيسى ققرة ٩٠٣ ) أو المحكمة التي يباشر عمله خلالها في دائرتها ( الأستاذ اسماعيل خاتم ص ٤٢ - ص ٤٣ ) ، غير أن هذه الآراء يوزعها سند من القوانين ( الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحلشد زكي ص ٢٢٥ هامش ١ - الأستاذ أنور سلطان ققرة ٤٢٣ ص ٤١٢ - الأستاذ سليمان مرقس ققرة ١٠٥ ص ١٤٦ - ص ١٤٧ - الأستاذ عبد النعم البدرلوى ققرة ١٢٥ ص - ١٨٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ققرة ١٢٣ ص ٢٨١ ) .

وكتبه المحاكم يتدرج فيهم كتاب الجلسات ، وغيرهم من الكتاب ككتاب الحسابات والسكرتارية والقيود وغير ذلك من الأقسام الإدارية . والكاتب موظف في محكمة معينة ، فالخظر يشمل دائرة اختصاص هذه المحكمة ، سواء كانت محكمة جزئية أو محكمة كلية أو محكمة استئناف أو محكمة النقض .

كللك المحضرون كل معين في محكمة معينة ، فالخظر يشمل دائرة اختصاص هذه المحكمة .

ويلاحظ أنه يجب توافر الصفة في الوقت الذي يتم فيه الشراء ، فلو أن المشتري لم يكن قاضياً في محكمة القاهرة وقت أن اشترى حقاً متنازعا فيه من اختصاص هذه المحكمة ، فالشراء جائز حتى لو نقل القاضي بعد ذلك إلى محكمة القاهرة ورفع النزاع أمام هذه المحكمة ، وعليه في هذه الحالة أن ينتهي عن نظر القضية . ويجب أيضاً أن يكون الحق متنازعا فيه وقت الشراء ، فلو لم يتم في شأنه نزاع جدي وقت أن اشتراه حامل لقضاء فالشراء صحيح ولو قام النزاع بعد ذلك أو كان قائماً قبل ذلك والنص . ويجب اشعيراً أن يكون حامل القضاء عالماً بوقوع النزاع في الحق وقت شرائه (١) .

ويستوى أن يكون الشراء واقعاً على كل الحق ، أو واقعاً على بعضه . كما يستوى أن يشتري حامل القضاء الحق المتنازع فيه باسمه الشخصي أو باسم مستعار (٢) .

١١٢ - جزء الخظر : ولا شك في أن جزء الخظر بطلان البيع بطلائع مطلقاً ، فالنص ( م ٤٧١ مدني ) صريح في هذا المعنى . ولا يكون لعقد البيع أثر لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير ، وفقاً للقواعد المقررة

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تبين وقت تحويل السند أن الماي لم يكن يعلم بأنه موضوع نزاع ، جاز التحويل له ، ولا يمكن أن ينسب إليه أنه اشترى ديناً متنازعا فيه ( ٢٥٠ يونيو سنة ١٩٢٤ الحاماة د رقم ٢/٢٦ ج ١٩ ) .

(٢) كان يشتري باسم زوجه أو ولده أو قريب له أو صديق . ويجوز اثبات الشراء باسم مستعار بجميع الطرق ، ويدخل في ذلك البيعة والقرائن . وقد وضع تقنين المراجبات والجنود البناني ( م ٢٨١ ) قرينة قانونية على أن الشراء باسم الزوجة أو باسم الأولاد ولو كانوا راشدين هو شراء باسم مستعار ( انظر آتقاً لققرة ١٠٩ في المامش ) .

في البطلان (١). ومن ثم لا يجوز للمدين بالحق المتنازع فيه أن يسترد الحق في هذا البيع ، كما سبق القول . ويترب على بطلان البيع أن المشتري يسترد ما دفعه ثمتاً للحق ، ويبقى الحق ملكاً لصاحبه الأصلي .

والبطلان يقوم على أساس أن البيع مخالف للنظام العام . فما يخالف النظام العام أن يستغل عامل القضاء نفوذه في شراء الحقوق المتنازع فيها . وإذا كان لم يقصد أن يستغل نفوذه فعلاً ، ففي القليل قد أتى بشرائه الحق المتنازع فيه ظلاً من الشبهة في حيدة القضاء في نزاع يقع في اختصاصه . فهذه الاعتبارات تتصل أوتق الاتصال بالنظام العام والآداب ، ويكون الجزاء هو البطلان المطلق (٢)

### ١١٣ - نعامل المحامي في الحق المتنازع فيه (pacte de quota litis) :

وقد ورد في التقنين المدني (م ٤٧٢) نص صريح في تحريم تعامل المحامي مع موكله في الحق المتنازع فيه . ويلاحظ أن نص المادة ٤٧١ مدني كان وحده يكتفي لتحريم شراء المحامي حقاً متنازعا فيه لموكله . بل إن النص أوسع من ذلك إذ يحرم على المحامي أن يشتري أى حق متنازع فيه ولو لم يكن وكيلاً عن صاحب الحق كما سبق القول . أما المادة ٤٧٢ مدني فهي أضيق من المادة ٤٧١ مدني من

---

(١) ويسرى التحريم والبطلان المطلق على الوفاء بمقابل والمقايسة كما يسرى على البيع ، لأن كلاماً من الوفاء بمقابل والمقايسة تنرى عليه أحكام البيع ( انظر الأساط منصور مصطلح منصور فقرة ١٤٤ ص ٢٨٤ ) .

(٢) ومن ثم فقد قيل إن حامل للقضاء لا يسترد ما دفعه من الثمن في شراء الحق المتنازع فيه لأنه الطرف الملول ، ولكن هذه النظرية القديمة قد هجرت ، وما دام البيع باطلا لا يترتب عليه أثر فانه يسترد ما دفعه .

وفي فرنسا نص على عدم جواز شراء عامل القضاء الحق المتنازع فيه ، دون أن يصرح بالنص بالبطلان كما صرح نص التقنين المدني المصري ، فانقسم الفقه الفرنسي بين من قال ببطلان البيع ومقاتل بمقابلية للإبطال . فن القائلين بالبطلان : لوران ٢٤ فقرة ٦٣ - جيوار ١ فقرة ١٤٠ - هيك ١٠ فقرة ٥٥ . ومن القائلين بالمقابلية للإبطال : ديولومب ٢٩ فقرة ٦٩ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابياً ص ١٧٥ وحامش ٩ - بودي وسيتيا فقرة ٣٩٦ - بلانويك وديير وحامل ١٠ فقرة ٣٢٧ - بلانويك وديير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٣٢٧ - جوسران ٢ فقرة ١٠٣١ .

ناحية ، وأوسع من ناحية أخرى . هي أضيق ، لأنها تشترط أن يكون المهاي وكيلًا في الحق المتنازع فيه . وهي أوسع ، لأنها تقضي بأنه متى كان المهاي وكيلًا في الحق المتنازع فيه فكل ضروب التعامل في هذا الحق محرمة عليه ، وليس الشراء فحسب . فلا يجوز له أن يشتري الحق ، ولا أن يقابض عليه ، ولا أن يوهب له ، ولا أن يشارك فيه ، ولا أن يقترضه . ولا يجوز له بوجه خاص أن يأخذ جزءاً من الحق في مقابل أتعابه ولو تولى الاتفاق على التقاضي . والحظر هنا أيضاً يقوم على اعتبارات تتصل بالنظام العام ، إذ يخشى أن يستغل مركزه فيهم موكله أن يحظه في استخلاص حقه غير كبير ، ويجعله بذلك على قبول اتفاق يكون الموكل فيه مغبوناً . ومن ثم يكون التعامل باطلاً بطلاناً مطلقاً ، ويستوى أن يتعامل المهاي باسمه أو يتعامل باسم مستعار كزوجة أو ولد أو قريب أو صديق . وبطلان التعامل لا يمنع من أن يطلب المهاي تقدير أتعابه ، ويرجع على الموكل بها . وما عسى أن يكون قد أنفق على التقاضي (١) . كذلك لا يوجد ما يمنع ، إذا انتهى النزاع في الحق ، أن يتعامل المهاي فيه مع موكله السابق بعد أن أصبح الحق غير متنازع فيه (٢) .

وقد كان تعامل المهاي في الحق الموكل في النزاع بشأنه محرماً على الرأي الراجح ، في عهد التفتين المدني السابق (٢) ، تطبيقاً للمبدأ العام الذي يحرم

---

(١) أما تعامل المهاي الباطل في الحق المتنازع فيه فيكون محل موازنة تأديبية ( انظر الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٧ ص ١٤٩ ) .

(٢) استئناف مخطط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٦ - وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدي : « زاد المشروع بأن ذكر تطبيقاً خاصاً لبيع الحق المتنازع فيه لعمال القضاء ، هو التطبيق الكثير الرقوع في العمل ، وهو تعامل المهاي مع موكله في الحق المتنازع فيه إذا كان هو الذي تولى الدفاع عنه - *pacte de quota litis* - سواء أكان التعامل بالبيع أم بغيره . » . وسواء تعامل المهاي باسمه أو باسم مستعار : م ٦٢٨ من المشروع وهي متفولة عن المشروع الفرنسي الإيطالي م ٢/٢٣٢ ، ولا نظير لها في التفتين الحال ( السابق ) . ويلاحظ أنه يجوز ، بعد انتهاء النزاع ، أن يتعامل الموكل مع المهاي في الحق الذي كان متنازلاً فيه ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٥ ) .

(٣) استئناف مصر ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٤٢ ص ٣٢٨ - استئناف مخطط ٢٦ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٥ - ٢١ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٣٤ - الأستاذان =

على المحامين شراء الحقوق المتنازع فيها سواء كانوا موكلين في النزاع أو غير موكلين . فلم يستحدث التقنين المدني الجديد حكماً جديداً في هذا الصدد ، وإنما أورد نصاً خاصاً صريحاً في التحريم (١) .

## § ٢ - بيع السلم

١١٤ - **السلم في الفقه الإسلامي** : لما كان بيع المعلوم باطلاً في الفقه الإسلامي ، فقد استثنى من هذه القاعدة بيع السلم ، وهو بيع شيء غير موجود ولكنه يمكن الوجود . ونستعرض هنا في إيجاز ، ملخصاً عن البدائع (٢) ، الخطوط الرئيسية في بيع السلم في الفقه الإسلامي ، ثم نعرض لهذا النوع من البيع في القانون المصري . ولما كان تقنين الموجبات والعقود اللبناني أفرد لهذا البيع نصاً خاصاً ، فإنا نعرض لهذه النصوص بعد ذلك .

يمكن تعريف السلم في الفقه الإسلامي بأنه بيع شيء غير موجود بالذات بشئ مقبوض في الحال ، على أن يوجد الشيء ويسلم للمشتري في أجل معلوم . ويسمى المشتري المسلم أو رب السلم ، والبائع المسلم إليه ، والمبيع المسلم فيه ، والتمن رأس المال . ونرى من ذلك أن السلم هو بيع المعلوم ، وخص فيه استثناء من مبدأ عدم جواز بيع المعلوم الحاجة إليه وجريان التعامل فيه . على أن للسلم

== أحد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٢٢٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٣٧ ص ٤١٦ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٢٥ .

وإذا كان التقنين المدني السابق لم يشمل حل نص صريح في تحريم تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه الموكل في النزاع بشأنه ، فقد اشتمل قانون المحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٥ حل هذا النص ، إذ تنص المادة ٤٣ من هذا القانون بما يأتي : « وليس له حل كل حال أن يحتاج كل أو بعض الحقوق المتنازع عليها ، أو أن يتفق حل أخذ جزء منها نظير أتمائه ، أو حل أجر ينسب إلى قيمة ما هو مطلوب في الدعوى أو ما يحكم به فيها . وحل كل حال لا يجوز له أن يمتد اتفاقاً على الاتصاف من شأنه أن يحصل له مصلحة في الدعوى » .

(١) ولا يوجد في التقنين المدني الفرنسي نص مماثل للمادة ٤٧٢ من التقنين المدني المصري ، ولكن الفقه الفرنسي يحرم تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه تطبيقاً للمادة ١٥٩٧ مدني فرنسي وهي التي تماثل المادة ٧١١ مدني مصري (هودري وسيتيا فقرة ٢٦٨) .

(٢) البدائع لكاساني ٥ ص ٢٠١ - ص ٢٠٥ .



شروطاً وقبوحاً تخرجه عن أن يكون مطلق يبيع المعلوم ، وتكسبه سمعة خاصة تجعله استثناءً مقيداً في حدود ضيقة .

فيشترط في المبيع - المسلم فيه - أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة كحنتنة سقية وسط أو تمر فارسي جيد ، وأن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العدد أو النزع ، وأن يكون مما يمكن أن يضبط قدره وصفته بالوصف على وجه لا يبقى بعد الوصف إلا تفاوت يسير . فلو كان مما لا يمكن ، وبقي بعد الوصف تفاوت فاحش ، لا يجوز السلم فيه . فيجوز السلم إذن في المكيلات والموزونات لأنها من ذوات الأمثال ، وفي العدديات المتقاربة كالجوز والبيض لأن الجهالة فيها يسيرة وصغيرها وكبيرها سواء فلا يجرى التنازع في ذلك القدر من التفاوت بين الناس عادة ، وفي الذريعات كالثياب والبسط والحصير لأن الناس تعاملوا السلم فيها لحاجتهم إلى ذلك ولأنه إذا بين الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض يتقارب التفاوت فيلحق بالمثل في باب السلم . ولا يجوز السلم في العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر والآلئ والجلود والبطيخ والقشء والسررجل والرمان ونحوها ، لأنه لا يمكن ضبطها بالوصف ، أو يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفها وقدرها جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة . ويجب في المسلم فيه أيضاً أن يكون مما يتعين بالتعيين ، فإن لم يكن كالدرهم والدنانير ، لم يجز السلم فيه ، لأن المسلم فيه مبيع والمبيع يجب أن يتعين بالتعيين ، كما يجب أن يكون المسلم فيه مؤجلاً ، حتى لا يجوز السلم في الحال عند الحنفية ، وعند الشافعي هذا ليس بشرط ، وسلم الحال جائز . وجه قوله أن الأجل شرع نظراً للمسلم إليه - البائع - تحكياً له من الاكتساب ، فلا يكون لازماً كما في بيع العين . واحتجت الحنفية بأن السلم حالاً يفضي إلى المنازعة لأن السلم يبيع المفاضل ، فالظاهر أن يكون المسلم إليه عاجزاً عن تسليم المسلم فيه ورب السلم يطالب بالتسليم فيتنازعان على وجه تقع معه الحاجة إلى الفسخ . وبأن الترخيص في السلم هو تغيير الحكم الأصل وهو حرمة بيع ما ليس عند الإنسان إلى الحل يعارض عن العدم ضرورة الإفلاس ، فحالة الوجود والقدرة لا يلحقها اسم الرخصة فيبقى الحكم فيها على العزيمة الأصلية . ولومات المسلم إليه قبل الأجل ، حل

الدين . ويجب أن يكون نوع المسلم فيه موجوداً من وقت العقد إلى وقت الأجل ، فإن لم يكن النوع موجوداً عند العقد أو عند محل الأجل ، أو كان موجوداً فيهما لكنه انقطع من أيدي الناس فيما بين ذلك كالثمار والقواكه والبن وأشياء ذلك ، لا يجوز السلم . وهذا عند الحنفية ، وقال الشافعي الشرط وجوده عند محل الأجل دون وقت العقد . أما الثمن - رأس المال - في السلم ، فيجب فيه أيضاً بيان جنسه ونوعه وصفته ، كدنانير نيسابورية جيدة وتمر برنى وسط . ويجب أن يكون مقبوضاً في مجلس السلم ، لأن السلم فيه دين والافتراق لاهن قبض رأس المال يكون افتراقاً عن دينين ، وإنه منهي عنه لما روى أن النبي عليه السلام نهى عن بيع بالكالء الكالء أى التسيئة بالتسيئة . ويشترط القبض سواء كان رأس المال ديناً أو عيناً عند عامة العلماء استحساناً ، والقياس ألا يشترط القبض في المجلس إذا كان عيناً ، وهو قول مالك . وجه القياس أن اشتراط القبض للاحتراز عن الافتراق عن دين بدين ، وهذا افتراق عن عين بدين وإنه جائز . وجه الاستحسان أن رأس مال السلم يكون ديناً عادة ولا يجعل العين رأس مال السلم إلا نادراً ، والتأخر حكمه حكم الغالب فيلحق بالدين .

ويتبين مما قدمناه أن السلم ، بما أحاطه من قيود ، أصبح عقدأ خاصاً يتميز عن سائر العقود . وأهم القيود التي تحيط به أربعة : (١) يجب قبض رأس المال ، أى الثمن ، في مجلس العقد . (٢) يجب أن يكون نوع المبيع موجوداً من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل ، ولا يجوز أن ينقطع فيما بين هذين الوقتين . وهذا الشرط ، في رأينا ، يعوض انعدام ذات المبيع وقت العقد ما دام نوعه موجوداً ، فكأن السلم يرد لأعلى معلوم ، بل على موجود بالنوع بالالذات . وينتدج تحت هذا الشرط أن يكون المسلم فيه ( المبيع ) مما لا يحتمل انقطاعه ، ويرجع ذلك في الغالب إلى الخشية من الضرر ، فإن الشيء الذي ينقطع نوعه لا يحل التعامل فيه من غرر . فلا يجوز السلم في ثمر نخلة بعينها لم ينقطع ولا في محصول أرض بالذات لم ينبت ، بل في الثمرة في المحصول عامة . وهذا من شأنه أن يجعل السلم غير صالح لإباحة بيع محصول مستقبل لأرض بالذات . (٣) ولا يجوز السلم في المعدنيات المتفاوتة من الحيوان والجواهر والآلئ والبطيخ والقضاء والبرمان والسفرجل ونحو ذلك . (٤) ويجب أن يكون هناك أجل معلوم

للمسلم عند الحنفية فالسلم الحال غير مرخص فيه لأنه بيع المعلوم في الحال ، حتى لو ثبت أن المسلم إليه (البائع) قادر على التسليم . ذلك أن طبيعة السلم تقتضي التأجيل إلى أجل معلوم لأنه بيع المفاليس كما تقول الفقهاء ، وهو بيع بأوكس الأثمان ، إذ البائع يبيع ما ليس عنده ، فيضرب أجلاً للتسليم مع أنه يقبض الثمن في الحال ، فلزم أن يكون الثمن دون المبيع في القيمة والفرق في مقابلة الأجل (١) .

#### ١١٥ - السلم في القانون المصري : ولم يرد نص خاص ببيع السلم

في التفتين المدنى المصرى . وليس التفتين في حاجة إلى ذلك فقد رأينا أن بيع الشيء المستقبل فيه جائز ما دام محتمل الوجود . فيجوز إذن بيع المحصولات المستقبلية وبيع المكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة والمتفاوتة والمذروعات وغير ذلك ، حتى لو لم توجد في الحال ، ما دامت توجد في المستقبل . والبيع على هذا النحو يخضع للقواعد العامة ، فلا يشترط فيه قبض الثمن في المجلس كما يشترط ذلك في الفقه الإسلامى ، كذلك لا يشترط أن يكون غير منقطع النوع ، ولا أن يكون من العدييات المتقاربة ، وذلك لأن قواعد القانون المصرى تختمل من الفرر ما لا تختمله مبادئ الفقه الإسلامى .

وفى القانون المصرى يوجد بيع مؤجل التسليم *vente à livrer, marché à terme* . ويكثر التعامل به في البورصة ، في البضائع كالقطن وفى الأوراق ذات القيمة كالأوراق المالية المسعرة . ولكن هذا البيع لا يقابل بيع السلم ، فهو بيع

---

(١) ظهر أن السلم في الفقه الإسلامى تخلف من هذه القيود ، وأمكن تأجيل دفع الثمن إلى وقت تسليم المبيع ، ولم يشترط عدم انقطاع المبيع من وقت البيع إلى وقت حلول الأجل حتى يجوز بيع محصول بالذات ، لا يمكن القول إن السلم هو الطريق الذى يؤدى إلى جواز بيع المدموم في الحال في الفقه الإسلامى ما دام أنه محقق الوجود في المال . وقد سارت المذاهب الأخرى غير المذهب الحنفى ، كما رأينا ، شوطاً في محو هذه القيود . فمنذ ما كان لا يشترط قبض رأس المال في مجلس العقد إذا كان رأس المال عيناً لا ديناً . ولا يشترط عند مالك والثاوى عدم انقطاع السلم فيه من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل ، بل يصح السلم في المدموم إذا غلب على الظن وجوده وقت الوفاء .

وسمع ذلك فالقيد الذى لا يزال مستحباً ، في مختلف المذاهب ، هو شرط تمجيل الثمن ديناً ، ويضاف إليه أن الأجل يسقط بموت البائع .

مضاربة ، أما بيع السلم فقد رأينا أنه يبيع المفايلس . ففى الصفقات الآجلة (marché à terme) يغلب أن يكون كل من البائع والمشتري مضارباً على الفرق فى الأسعار ، فتنتهى الصفقة لا إلى التسليم عينا بل إلى دفع الفرق ، فان ارتفع السعر دفع البائع الفرق ، وإن نزل فالفرق يدفعه المشتري . ويعقد البيع على هذا الوجه فى بورصة مرخص بها ، ويحصل بواسطة محاسبة مقيدة أساؤهم فى قائمة تحررها لجنة البورصة ، ويرد على بضائع أو أوراق ذات قيمة مسعرة (١) . أما بيع السلم فى الفقه الإسلامى ، فالمفروض فيه أن شخصاً يكون فى حاجة المال قبل أن ينتج سلعته فيأخذه من الغير فى مقابل أن يورد له السلعة فى أجل معين . فوظيفة بيع السلم الاقتصادية وهى الحصول على مال عاجل فى مقابل شيء آجل (٢) ، غير وظيفة الصفقات الآجلة وهى فى الغالب المضاربة على فروق الأسعار .

١١٦ - **السلم فى القانون اللبنانى** : وقد أوردتقنين الموجبات والعقود اللبنانى نصوماً خاصة ببيع السلم ، تخطى فيها القيود التى أسلفنا ذكرها فى الفقه الإسلامى ، إلا قيد تعجيل الثمن فانه استبقاه ، وأضاف إليه أن يكون إثبات عقد السلم بالكتابة ولو لم تزد قيمته على النصاب المقرر للبينة والقرآن .

فتنص المادة ٤٨٧ من تقنين الموجبات والعقود على أن « بيع السلم هو عقد بمقتضاه يسلف أحد الفريقين الآخر مبلغاً معيناً من النقود ، فيلزم هذا الفريق مقابل ذلك أن يسلم إليه كمية معينة من المواد الغذائية أو غيرها من الأشياء المنقولة فى موعد يتفق عليه الفريقان . ولا يثبت هذا العقد إلا بالكتابة » . وتنص المادة ٤٨٨ على أنه « يجب دفع الثمن كله إلى البائع وقت إنشاء العقد » . وإذا لم يعين ميعاد للتسليم المبيع ، اتبع العرف فى تحديد هذا الميعاد ( م ٤٨٩ لبنانى ) . وإذا لم يعين مكان التسليم ، وجب أن يكون مكان العقد ( م ٤٩١ لبنانى ) . ويجب أن يكون المبيع معيناً بكميته أو بصفته أو بوزنه أو بكياله كالمواد الغذائية ، فان كان مما لا يمد ولا يوزن فيكفى أن يعين بوصفه وصفاً دقيقاً ( م ٤٩٠ لبنانى ) .

(١) أنظر المادة ٧٣ من التقنين التجارى - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٤ .

(٢) فهو ضرب من يبيع الاتيان ، خاصيته أن المبيع لا الثمن هو المؤجل .

ثم تنص المادة ٤٩٢ من قانون المبيعات والعقود على أنه : إذا تعذر على البائع بسبب قوة قاهرة ودون خطأ أو تأخر منه أن يسلم ما وعد به ، فلمشتري أن يفسخ العقد ويسترد الثمن الذي أسلفه أو أن ينتظر إلى السنة التالية . وإذا عرض البائع في السنة التالية الشيء المعقود عليه البيع ، وجب على المشتري استلامه ، وليس له أن يفسخ العقد . ويسرى هذا الحكم أيضاً إذا كان المشتري قد استلم قسماً من المبيع . أما إذا كان الشيء المتعاقد عليه غير موجود ، فتطبق أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة .

## الطلب الثاني

### تعيين المبيع

١١٧ - كيفَ تعيين المبيع : قلنا عند الكلام في تعيين المحل (١) أن عمل الالتزام يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين .

فاذا وقع البيع على شيء معين بالذات ، وجب أن يوصف الشيء وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة . فاذا باع شخص داراً ، وجب أن يبين موقعها وأوصافها الأساسية التي تميزها عن الدور الأخرى . وإذا باع أرضاً ، وجب تحديد موقعها وبيان مساحتها وتعيين حدودها (٢) . وإذا باع آلة ميكانيكية ، وجب أن يبين نوعها وأوصافها المميزة . وقد رأينا فيما قدمناه أن المشتري يجب أن يكون أيضاً عالماً بالمبيع عالماً كافياً ، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه (م ٤١٩ مدني) .

أما إذا كان المبيع غير معين بالذات ، فإنه يجب أن يكون معيناً بنفسه ونوعه ومقداره (م ١/١٣٣ مدني) ، فيقال مثلاً مائة أردب من القمح الهندي من الصنف

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٣ .

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بالأمر بضرورة لذكر حدود الأطيان مادام المتعاقدين لم يتم بموقع وحدود هذه الأطيان (١٨ فبراير سنة ١٩١٤ للشرائع ١ رقم ٢٧٧ ص ١٤٩) . وقضت أيضاً بأنه يكفي لتعيين الأرض المبيعة ذكر التسمية والحوض ورقم القطعة دون بيان حدود الأرض (٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ للحاماة ٢ رقم ١/١٢٢ ص ٤٨٦) .  
(م ١٥٠ - الوسيط ج ٤)

الجيد . فإذا لم يحدد المقدار ، وجب أن يتضمن العقد ما يستطاع به تحديده ( م ١٣٣/٢ مدني ) ، كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين أو للمدرسة معينة ، فالمقدار اللازم من هذه الأغذية وإن لم يحدد في العقد قابل للتحديد وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة . وقد يقتصر التعمين على بيان الجنس والنوع والمقدار دون أن تذكر درجة الجودة ودون أن يمكن استخلاصها من العرف أو من ظروف التعاقد ، ففي هذه الحالة يجب أن يكون الصنف متوسطاً ، فلا يكون جيداً حتى لا يغبن البائع ، ولا يكون رديئاً حتى لا يغبن المشتري ( م ١٣٣/٢ مدني ) (١) .

وزي مما تقدم أن تعيين المبيع إذا لم يكن معيناً بالذات يحصل بالتقدير ، وقد يكون البيع جزئياً . كذلك قد يكون بيع المقدرات بالعينة . أما الشيء المعين بالذات ، فيُعين بوصفه وصفاً يميزه عن غيره تمييزاً مانعاً من الجهالة الفاحشة . ولا يمنع الشيء من أن يكون معيناً أن يكون مجموعاً من المالك كما في بيع التركة . فنبحث على التوالي : (١) البيع بالتقدير والبيع الجزاف (٢) البيع بالعينة (٣) بيع التركة .

## ١٨ - البيع بالتقدير والبيع الجزاف

(vente au poids, au compte ou à la mesure — vente en bloc)

١١٨ - كيف يكون البيع بالتقدير : رأينا أن المبيع إذا كان من الخلبات ، وجب أن يبين وزناً أو كيلاً أو مقياساً أو عدداً . فإذا باع شخص

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين الذي الجديد يشتمل على نص يقرر كيفية تعيين المبيع المعين بالنوع فقط ، وهو المادة ٥٥٨ هـ من هذا المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « إذا لم يتعين الشيء المبيع إلا بنوعه ، وجب أن يكون هذا الشيء معيناً تحييناً كافياً ، عدداً أو وزناً أو كيلاً أو مقياساً » . ويقابل هذا النص المادة ٣٢٨/٢٦١ من التقنين المدني السابق ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « فإذا كان المبيع معيناً بالنوع فقط ، لا يكون البيع معتبراً إلا إذا كان التعيين يطلق على أشياء يقرر أحدها مقام الآخر ، وكان للمبيع مرجعاً بالوجه الكافي عدداً أو قياساً أو وزناً أو كيلاً بحيث يكون رضاه المتعاقدين المبني عليه صحيحاً » . ولا فرق في الحكم بين التعيين . وقد حذف نص المشروع التمهيدى في لجنة المراجعة لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة ( مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٤ - ص ٩٥ في الملحق ) .

من آخر مائة أفة من السكر فهذا بيع بالتقدير عن طريق الوزن ، أو باع ستن  
أردباً من القمح فهذا بيع بالتقدير عن طريق الكيل ، أو مائتي ذراع من القماش  
فهذا بيع بالتقدير عن طريق المقاس ، أو خمسمائة بيضة فهذا بيع بالتقدير  
عن طريق العدد .

ونرى من ذلك أن المبيع إذا احتاج في تعيينه إلى وزن أو كيل أو مقياس  
أو عدد ، كان البيع بالتقدير ، لأن المبيع لا يتعين إلا بعد أن يقدر وزناً أو كيلاً  
أو مقياساً أو عدداً . ويتم التقدير في المكان والزمان المتفق عليهما ، وإذا لم يكن  
هناك اتفاق اتبع العرف ، وإلا ففي مكان تسليم المبيع وفي الوقت الذي يجب  
فيه التسليم . ويجب أن يكون تقدير المبيع - الوزن أو الكيل أو المقاس أو العدد -  
واقعاً من البائع أو نائبه بحضور من المشتري أو نائبه (١) .

#### ١١٩ - كيف يكره البيع الجزاف - نص قانوني : وإذا كان الشيء

مما يوزن أو يكال أو يقاس أو يبعد ، ولكن المبيع لا يحتاج في تعيينه إلى تقدير  
بل هو معين بالذات ، فالبيع جزاف . فإذا باع شخص من آخر جميع كمية السكر  
أو القمح أو القماش أو البيض التي توجد في مخزنه ، وعين المخزن تعييناً كافياً ،  
فإن البيع لا يكون في هذه الحالة بالتقدير ، بل يكون جزافاً .

ويكون البيع جزافاً أيضاً حتى لو باع نصف أو ربع الكمية الموجودة بالمخزن

---

(٢) بودري وسينيا فقرة ١٥٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠١ - أنسيكلويدى  
دالوز • لفظ vente فقرة ٨٥٣ - فقرة ٨٦٠ - ويصح تبيناً للعرف أن يكون إثبات إفراز  
المبيع يوضع علامة على أكياس القطن مثلا . وتكون مصروفات الوزن والكيل والمقاس والد عادة  
على البائع ( بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠١ ص ٣٧٦ ) .

وقد يتم التقدير بغير محضر المشتري أو نائبه ، كما إذا تم الوزن بميزان معتمد (للقباز) وجري  
العرف بذلك ، أو سلم المبيع إلى حامل النقل فإن هذا التسليم يستخلص منه اتفاق ضمني بين البائع  
والمشتري على أن التقدير يتم بتسليم المبيع إلى حامل النقل ، وهذا ما لم يشترط المشتري أن التسليم  
لا يتم إلا بعد وصول البضاعة إليه وتسليمها من حامل النقل . انظر في هذه المسألة : أوبري ورو •  
فقرة ٣٤٩ هامش ٤١ ثانياً - بودري وسينيا فقرة ١٥٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠  
فقرة ٣٠١ - أنسيكلويدى دالوز • لفظ vente فقرة ٨٥٧ - فقرة ٨٦٠ - الأستاذ  
عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٦٥ .

أو أى جزء شائع فيها ، فيكون للمشتري هذا الجزء الشائع من الكمية الموجودة بالمخزن (١) .

ويبقى البيع جزافاً كذلك إذا هو باع كل ما فى المخزن أو جزءاً شائعاً منه ، ولو كان قد قدر المبيع بمقدار معين ، كما إذا باع كل ما فى المخزن من قح أو نصفه على أنه مائة أردب . فالبيع فى هذه الحالة قد وقع على كل القمح الموجود فى المخزن أو على نصفه ، فهو بيع جزاف (٢) ، وإذا تبين أن الكل أو النصف ينقص عن مائة أردب أو يزيد فهذه مسألة ضمان سنعرض لها فيما بعد .

وما دام البيع لا يحتاج فى تعيينه إلى تقدير فالبيع جزاف ، حتى لو احتاج الثمن إلى التقدير (٣) ، فإذا باع شخص كل القمح الذى فى غزنه بسعر الأردب خمسة جنيهات ، فإن البيع فى هذه الحالة يكون بيعاً جزافاً ، لأن المبيع لا يحتاج فى تعيينه إلى تقدير فهو كل القمح الذى فى المخزن وإن احتاج الثمن إلى تقدير لأنه لم يعين إلا على أساس سعر الأردب فوجب لتحديد جملته أن يكال القمح الذى فى المخزن ليعرف مقداره . وهناك رأى يذهب إلى أن البيع فى هذه الحالة يكون بالتقدير ، مادام الثمن يحتاج فى تحديده إلى تقدير ولو كان المبيع لا يحتاج إلى ذلك . ويقول أصحاب هذا الرأى إنه قبل تحديد الثمن لا يتم البيع لانعدام عنصر جوهرى فيه هو الثمن إذ هو لم يتعين ، والذى يتم إنما هو عقد غير مسمى وليس بعقد البيع . والصحيح أن الذى تم فى فرضنا هذا هو عقد بيع لا عقد غير مسمى ، والثمن غير متقدم وبكى إذا لم يكن معيناً أن يكون قابلاً للتعيين ، وهو هنا قابل للتعيين بتحديد مقدار المبيع (٤) . وقد حسم التقنين المبنى الجلبيد هذا الخلاف ، فنصت

---

(١) بوردى وسيتيا فقرة ١٥٣ - بلاهول وويبر وحامل ١٠ فقرة ٢٩٩ ص ٣٧٢ - ص ٣٧٣ .

(٢) أمبرى روبر ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ٤٣ - بوردى وسيتيا فقرة ١٥٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٥٧ - الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٤٩ ص ١٢٦ .

(٣) استئناف مصر ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ الهاماة ١١ رقم ٣/٢٢ ص ٤٥ - شين الكوم ٢٢ أبريل سنة ١٩٢١ الهاماة ١٢ رقم ١/٣٨٥ ص ٧٨٢ - استئناف مخطوط ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٢٧ - ٢٨ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٦ .

(٤) وإذا أعلننا بالرأى الأول فى القانون للفرنسى ، فإن تبعة هلاك المبيع قبل تقدير الثمن تكون مل البائع ولا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري إلا بعد تقدير الثمن . ومن القائلين بهذا =



المادة ٤٢٩ منه على أنه « إذا كان البيع جزافا ، انتقلت الملكية إلى المشتري على النحو الذى تنتقل به فى الشيء المعين بالذات ، ويكون البيع جزافا ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع » (١).

== الرأى : ماركاديه م ١٥٨٥ - م ١٥٨٦ فقرة ١ - حققة ٣ - حيك ١٠ فقرة ١٨ - بودرى وسينيا فقرة ١٤٨ - فقرة ١٥٠ - أما إذا أخذ بالرأى الثانى ، فقبل تقدير الثمن يتحمل المشتري ثمة الهلاك فى القانون الفرنسى دون القانون المصرى، وتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري فى القانونين. ومن القائلين بهذا الرأى : أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ٢٢ وحامش رقم ٤٣ - جيروا ١ فقرة ٣٠ - بيدان ١١ فقرة ١٦١ - بلاتيل وريبير وحامل ١٠ فقرة ٢٩٩ ص ٣٧٢ - كولان وكابيتان ٢ ص ٥٦٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٥٧ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٥٣٣ . والقضاء الفرنسى أخذ به تردد بالرأى الثانى ( انظر الأحكام فى بلاتيل وريبير وحامل ١٠ ص ٣٧٢ حاشى ٤ - أنيكوليبى دالوز ه لفظ vente فقرة ٨٤٩ و فقرة ٨٥١ ) .

وهناك رأى فى الفقه الفرنسى يذهب إلى أن المبيع إذا كان جزافا والثمن هو الذى يحتاج إلى تقدير ، فلكية المبيع الجزاف تنتقل إلى المشتري بمجرد العقد ، ولكن ثمة الهلاك تكون على البائع وفقاً للمادة ١٥٨٥ فرنسى فهى تجعل ثمة الهلاك على البائع فى المبيع بالتقدير ولا تعرض لانتقال الملكية ( ديرانتون ١٦ فقرة ٩٢ - ديهرجيه ١ فقرة ٨٣ وما بعدها - لوران ٢٤ فقرة ١٣٩ - كوليه دى سانتير ٧ فقرة ٧ مكررة ثانيا ) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٦٩ من المشروع اقتهى على الوجه الآتى :

١ - ينقل البيع من تلقاء نفسه ملكية الشيء المبيع وفقاً للمادة ٢٨٠ إذا كان هذا الشيء معيناً بالذات . أما إذا كان الشيء لم يمين إلا بنوعه ، فلا تنتقل الملكية إلا بفرزه وفقاً للمادة ٢٨١ .  
٢ - إذا كان البيع جزافا ، انتقلت الملكية إلى المشتري كما تنتقل فى الشيء المعين بالذات . ويكون البيع جزافا حتى لو كان واجبا فى تحديد الثمن أن يقدر المبيع . وفى لجنة المراجعة سقطت الفقرة الأولى لأنها مستفادة من القواعد العامة ، وأصبحت المادة وفقاً لها ٤٤٢ فى المشروع التام . ووافق مجلس النواب عليها ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٩ ( مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٤٤ - ص ٤٦ ) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٠٦/٢٤٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى :  
إذا كان البيع جزافاً فيعتبر تاماً ولو لم يحصل وزن ولا عدد ولا كيل ولا مقياس - والمادة ٢٤١ / ٣٠٧ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : أما إذا كان البيع ليس جزافاً ، بل كان بالوزن أو بالعدد أو بالكيل أو بالمقياس ، فلا يعتبر البيع تاماً ، معنى أن المبيع يبقى فى ضمان البائع إلى أن يؤزن أو يكال أو يمد أو يقاس - والمادة ٣٢٨/٢٦٨ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى :  
لا تنتقل ملكية المبيع المعين نوعه فقط إلا بتسليمه للمشتري . ويلاحظ أن التقنين المدنى السابق وقع فيه خطأ : ( أولاً ) قرر أن المبيع المعين بالنوع لا يبقى فى ضمان البائع إلا إلى وقت الفرز ، والصحيح أنه يبقى فى ضمان البائع إلى وقت التسليم . ( ثانياً ) قرر أن المبيع المعين بالنوع =

وزى من ذلك أن البائع إذا باع مثلاً عشرين أردباً من القمح - سواء من القمح الموجود في مخزنه أو من أى قمح آخر يصفه وصفاً كافياً - كان البيع بالتقدير ، سواء احتاج الثمن إلى تقدير بأن جعل سعر الأردب خمسة جنيهاً مثلاً ، أو قدر جزافاً بأن جعل ثمن العشرين الأردب مائة جنيه جملة واحدة . وإذا باع كل القمح الذى في مخزنه أو جزءاً شائعاً منه ، فإن البيع يكون جزافاً ، سواء قدر الثمن جزافاً بأن جعل مائة جنيه جملة واحدة ، أو احتاج إلى تقدير بأن جعل سعر الأردب خمسة جنيهاً . فالعبرة في بيع الجزاف أن يكون المبيع هو الجزاف ، سواء قدر الثمن جزافاً أو احتاج إلى تقدير .

## ١٢٠ - أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث

انتقال الملكية : والتمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف على النحو الذى قدمناه له أهمية كبيرة من حيث انتقال ملكية المبيع إلى المشتري . ففى بيع الجزاف تنتقل

== لا تنتقل ملكيته إلا بالتسليم ، والصحيح أنها تنتقل بالمقدح لو تم التسليم . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦ .  
وبقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٩٧ وهى مطابقة لنص المادة ٤٢٩ من التقنين المدنى المصرى ( والنظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٨٥ - فقرة ٨٧ ) - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤١٨ وفى مطابقة لنص المادة ٤٢٩ من التقنين المدنى المصرى - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٣١ ، وتجربى حل الوجه الآتى : إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات أو كان قد بيع جزافاً ، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع ، وأما إذا كان المبيع لم يمين إلا بنوعه ، فلا تنتقل الملكية إلا بالإفراز ( والحكم واحد فى التقنينين العراقى والمصرى - أنظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٣٩ - فقرة ١٤٠ - والأستاذ حياص حسن الصراف فقرة ٣٠٩ - فقرة ٢١٦ ) - وفى تقنين المهرجات والمقود ألبانى المواد الآتية : م ٣٧٤ - يكون البيع : ١ - إما جزافاً وهو الذى يكون موضوعه مجمل أشياء مقابل ثمن واحد مع قطع النظر عن العدد والوزن والقياس ، إلا إذا كان المراد منها تعيين مجموع الثمن . . . م ٣٨٩ - إن البيع جزافاً يعد ثامناً منذ اتفاق المتعاقدين على البيع والتمن ، وإن لم يحصل وزن أو عد أو قياس مما هو لازم لتعيين الثمن عند الاتضاء - م ٣٩٠ - إذا كان البيع بالوزن أو بالمد أو بالقياس ، فإن المبيع يبق فى ضمان البائع إل أن يتم الوزن أو القياس أو القياس . وانظر أيضاً المادة ٣٩٧ . ( والأحكام حدة فى التقنينين البانى والمصرى ) .

ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد انعقاد البيع كما في سائر البيوع (١). أما في بيع التقدير فلا تنتقل ملكية المبيع بمجرد انعقاد البيع، ولكن تنتقل بافراز المبيع وزنا أو كيلا أو مقاساً أو عدا على الوجه الذي قدمناه. فالإفراز لا البيع هو الذي ينتقل الملكية، لأن الملكية لا يتصور انتقالها إلا في شيء معين بالذات، ولا يتعين المبيع بالذات في بيع التقدير إلا بالإفراز. ولما كان الإفراز يتم عادة وقت التسليم، فإن العمليتين - الإفراز والتسليم - تختلطان إحداها بالأخرى، ويبدو أن الذي ينتقل الملكية هو التسليم. لكن إذا تأخر التسليم عن الإفراز، فإن الملكية تنتقل بمجرد تمام الإفراز وقبل أن يتم التسليم (٢).

ويستخلص مما تقدم أنه إذا باع شخص القمح الذي في غزنه، سواء بسعر إجمالي أو بسعر الوحدة في هذا البيع الجزاف تنتقل ملكية القمح الموجود في الغزن إلى المشتري بمجرد انعقاد للمبيع (٣). أما إذا باع عشرين أردباً من القمح الموجود بمخزنه أو الموصوف بأوصاف مميزة، سواء باعها بسعر إجمالي أو بسعر الوحدة، فإن ملكية العشرين الأردب لا تنتقل إلى المشتري إلا عند إفراز هذا المقدار وإعداده للتسليم، سواء سلم للمشتري أو لم يسلم (٤).

ويترتب على أن الملكية تنتقل بمجرد انعقاد البيع في بيع الجزاف أن ثمرات المبيع وما يطرأ عليه من زيادة - كبيع قطيع من الغنم أو مساحة معينة من أرض تنجح محصولاً - من وقت انعقاد البيع تكون للمشتري، إذ أن هذه الزيادة

(١) فإذا وقع بيع الجزاف على عقار، كبيع قطعة أرض محددة تليخ من مجموع أكبر، فإن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل. وقد يباع العقار بالتقدير، كما في بيع ألف متر مثلاً تفرز من قطعة أرض معينة (استئناف مخطط ٩ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١١٩)، فلا تنتقل الملكية إلا بعد الإفراز والتسجيل.

(٢) المذكورة الإيضاحية للشروع انتهى في مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ١٥ في الخامس.

(٣) فإذا باع شخص محصول أرضه جزافاً مرتين متتاليتين لشخصين مختلفين، فالبيع الأول هو الذي ينتقل الملكية، ويقدم على البيع الثاني (استئناف مخطط ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٠).

(٤) فإذا باع شخص محصول أرضه بالتقدير لا جزافاً، وبعد جني الثمن ولكن قبل أن يوزن ليسلم للمشتري حيز عليه أحد دائي الهالغ، فالعجز يقع صحيحاً، لأن ملكية الثمن لم تكن وقت توقيع الحيز قد انتقلت إلى المشتري (استئناف وطني ٣٠ يناير سنة ١٩١٧ القرائع ٤ رقم ١٤٢ ص ٤٨٦).

طرات على ملكه . أما في بيع التقدير فلا تكون الزيادة للمشتري إلا بعد الإفراز ،  
إذ هو لا يملك المبيع قبل ذلك (١) .

## ١٢١ - أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث

**تحمل تبعه الهلاك** : وهناك وجه آخر لأهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع  
الجزاف ، ذلك هو تعيين من يتحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم . ولما كان  
القانون الفرنسي ينقل تبعه هلاك المبيع إلى المشتري بمجرد انتقال الملكية إليه  
ولو قبل التسليم ، فإن تبعه هلاك المبيع في بيع التقدير لا يتحملها المشتري إلا بعد  
إفراز المبيع أى بعد انتقال الملكية . فلو أن شخصاً باع عشرين أردباً من القمح  
الذى في مخزنه ، ثم احترق المخزن بالقمح كله قبل إفراز المبيع ، فإن العشرين  
الأردب الداخلة في القمح احترق تملك على البائع لا على المشتري لأنها لم تكن  
قد فرزت ، ويحتل المشتري من دفع الثمن (٢) . أما إذا باع صاحب المخزن جميع  
القمح الذى فى مخزنه جزافاً ، ثم احترق القمح قبل التسليم ، فإنه يهلك على  
المشتري لا على البائع ، إذ انتقلت تبعه الهلاك إليه بانتقال الملكية ، فيبقى  
ملتزماً بدفع الثمن للبائع (٣) .

---

(١) ويترب أيضاً على أن البيع هو بيع بالتقدير أن المشتري إذا استولى على المبيع خفية  
بنية الاستيلاء عليه قبل التقدير يكون مرتكباً لجريمة السرقة ، وإذا أفلس البائع قبل التقدير دخل  
المبيع في الإفلسة ، وإذا زعمت ملكية المبيع قبل التقدير للمنفعة المسامة كان التمييز من حق  
البائع لا من حق المشتري ( بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٣٧٣ هامش رقم ٤ — الأستاذ  
عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٨٦ — الأستاذ عبد المنعم البدر فقرة ١٦٥ ) . ويتبر الأشتراك  
في المياه والغاز والنور وما إلى ذلك بيع جزاف لا بيع تقدير ، لأن الذى يحتاج إلى تقدير هو  
التمتع لا المبيع . ويترب على ذلك أن المشتري يملك المياه والغاز والنور بمجرد التوريد ولا يتوقف  
ذلك على تقدير الملكية الموردة عن طريق المهاد ( انسيكلويدى دالوز ه لفظ vento فقرة ٨٥١ ) .  
(٢) وهذا بخلاف ما إذا باع عشرين أردباً وصفها بأوصاف مميزة ولم يقل إنها من القمح  
الموجود بالمخزن ، فإذا احترق المخزن بقى البائع ملتزماً بتسليم المشتري عشرين أردباً من القمح  
بالأوصاف الملتصقة عليها ، ولا يعد احتراق القمح فى المخزن هلاكاً للمبيع ( بودرى وسيتيا  
فقرة ١٤٩ ص ١٥٠ ) .

(٣) هيك ١٠ فقرة ١٦ — بودرى وسيتيا فقرة ١٤٩ — وتبقى العمومية العملية في تقدير  
التمتع ، وقد يكون متوقفاً على تقدير القمح وقد استعمل لاحتراجه . وعلى البائع عبء إثبات =

أما في مصر فسرى أن تبة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع لا على المشتري ، حتى لو انتقلت الملكية إلى المشتري . فهلاك الشيء قبل التسليم ، سواء في بيع الجزاف أو في بيع التقدير قبل الإفراز أو بعده ، يكون في القانون المصري على البائع ، فلا أهمية إذن للتمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من هذا الوجه . لكن الأهمية تظهر فيما إذا أعذر البائع المشتري لتسليم المبيع ، فان تبة الهلاك بعد الإعذار تكون ، حتى في القانون المصري ، على المشتري لا على البائع . فلو باع شخص كل القمح الذي في مخزنه جزافاً ، وأعذر المشتري لتسلم هذا القمح ، ثم احترق القمح قبل أن يتسلمه المشتري ، فالهلاك على المشتري لا على البائع . ولو باع شخص عشرين أردباً من القمح الذي في مخزنه ، ثم أعذر البائع المشتري ليحضر الإفراز فلم يفعل ، ثم احترق المخزن بما فيه من القمح قبل أن يتم الإفراز ، فان تبة الهلاك في بيع التقدير هذا تكون على البائع لا على المشتري ، لأن المبيع لم يتعين بالإفراز فهلك على البائع .

#### ١٢٢ - لافرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث انشاء

الالتزامات الشخصية : وفيما عدا انتقال الملكية وتعمل تبة الهلاك ، لا يوجد فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث أن كلا منهما ينشئ التزامات شخصية في جانب كل من المتبايعين . فبيع التقدير حتى قبل إفراز المبيع ، وبيع الجزاف حتى قبل تحديد الثمن إذا كان لا يتحدد إلا بالتقدير ، كلاهما عقد بيع تام ، وليس عقداً غير مسمى . فينشئ عقد البيع هذا جميع الالتزامات التي ينشئها البيع ، ولا فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف في ذلك ، ولا بين البيعين وبيع العين المعينة بالذات .

ففي بيع التقدير ، كما في بيع الجزاف ، يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وبضمان الاستحقاق والعيوب الخفية ، ويلتزم المشتري بدفع الثمن والمصروفات وبحضور إفراز المبيع وتسلمه . فلو أن شخصاً باع من آخر عشرين أردباً من القمح ، كان للمشتري إجبار البائع على تسليم هذا المقدار ، أو الحصول على

---

= مقدار القمح الذي احترق ليثبت مقدار الثمن المستحق في ذمة المشتري ( بلانيول وويبر وعامل ١٠قرة ٣٠٠ ص ٣٧٤ ) .

منه على نفقة البائع بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال (م ٢٠٥ مدنى). وكان للبائع لإجبار المشتري على تسليم المبيع ودفع الثمن. وكان لكل من المتبايعين طلب تعويض من الآخر عما قد يحدث له من ضرر بسبب عدم تنفيذ هذه الالتزامات ، وكان لكل منهما أن يطلب فسخ البيع إذا تحقق سبب لفسخ (١).

### § ٢ - البيع بالعينة

(vente par échantillon)

١٢٣ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٤٢٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ - إذا كان البيع بالعينة ، وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها .

« ٢ - وإذا تلفت العينة أو هلكت فى يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ ، كان على المتعاقد بائعاً كان أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق » (٢) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكنه متفق مع القواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى

---

(١) بودرى وسيتيا فقرة ١٥١ - بلايول ودبيير وعامل ١٠ فقرة ٣٠٠ ص ٣٧٤ -  
ويمتد جوران موازنة بين بيع المذاق وبيع التجربة وبيع التقدير . فبيع المذاق مجرد وبيع المبيع ،  
ينقلب بيماً بارتضاء المبيع بعد المذاق . وبيع التجربة بيع مطلق على شرط وانفذ أو شرط فاسخ ،  
ينقلب بيماً باتاً بارتضاء المبيع بعد التجربة . وبيع التقدير بيع بات ، ولكن تنفيذه مرجحاً  
إل وقت تقدير المبيع (جوران ٢ فقرة ١٠٦٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٦٠ من المشروع التمهيدى على وجه قريب  
عما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ببعض فروق لفظية . وقد أزيلت بعض هذه الفروق  
فى لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقمه ٤٣٣ فى المشروع التام . ووافق عليه مجلس النواب ،  
ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٠ بعد إزالة بقية الفروق اللفظية ( مجموعة الأعمال التحضيرية :  
ص ٢١ وص ٢٢ - ص ٢٤ ) .

المادة ٣٨٨ - وفي التفتين المدني الليبي المادة ٤٠٩ - وفي التفتين المدني العراقي المادة ٥١٨ - وفي تفتين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٤٤٤ (١) .

### ١٢٤ - العينة لم يرضي لتعيين المبيع : قد يختار المتبايعان طريقاً دقيقاً

لتعيين المبيع ، فيقدم أحدهما - ويكون غالباً هو البائع - عينة يجب أن يكون المبيع مطابقاً لها . فيعطى بائع القماش مثلاً للمشتري عينة من القماش الذي يبيعه إياه تكون عادة قصاصة من هذا القماش ، أو يعطى بائع القطن أو القمح أو الورق أو نحو ذلك عينة مما يبيعه يحفظ بها المشتري حتى يضاهي عليها ما يتسلمه من البائع من قطن أو قمح أو ورق أو غير ذلك (٢) .

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري ٣٨٨م (مطابقة المادة ٤٢٠ من التفتين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٤٦ - فقرة ٥٤) .

التفتين المدني الليبي م ٤٠٩ ( مطابقة المادة ٤٢٠ من التفتين المدني المصري ) .

التفتين المدني العراقي م ٥١٨ : ١ - الأشياء التي تباع على مقتضى نموذجها ، تكون رؤية النموذج فيها . فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذي اشترى على مقتضاه ، كان المشتري مخيراً بين قبوله بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع . ٢ - فإذا تميب النموذج أو هلك أو يد أحد المتعاقدين ، ولو دون خطأ منه ، كان على هذا المتعاقدين بحسب ما يكون باتماً أو مشترياً أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له .

( والأحكام واحدة في التفتينين العراقي والمصري ، فيما عدا أن جزاء عدم المطابقة للنموذج في القانون العراقي الفسخ أو الأخذ بالثمن المسمى ، أما في القانون المصري فالفسخ أو إنقاص الثمن أو إجبار البائع على تقديم شيء مطابق للعينة - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٧٧ - ٨٠ - الأستاذ عباس حسن الصفاف ص ٢١٢ ) .

تفتين الموجبات والعقود اللبناني : م ٤٤٤ - إذا انقلد البيع بحسب نموذج قالبائع فيضمن ووجد صفات النموذج في البضاعة المبيعة . وإذا هلك أو ناله عيب ، فمل المشتري أن يثبت عدم المطابق البضاعة عليه . ( والحكم يتفق مع حكم التفتين المصري ، فيما عدا أن فيه إثبات عدم المطابقة للنموذج في حالة هلاكة تقع دائماً ، في التفتين اللبناني ، مل المشتري ولو كان النموذج في يد البائع وضاع أو تلف ، وفي التفتين المصري يكون فيه إثبات المطابقة في هذه الحالة مل البائع ) .

(٢) أنظر البيع بالنموذج في الفقه الإسلامي ابن عابدين ٤ ص ١٠١ - الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٥٢ .

والعينة تغنى عن تعيين المبيع بأوصافه (١) فهي المبيع مصغراً، وبمضاهاة المبيع على العينة يتبين إن كان البائع قد نفذ التزامه تنفيذاً سليماً فيما يتعلق بمجنس المبيع وتنوعه وجودته وغير ذلك من الأوصاف التي يتميز بها . وهي في الوقت ذاته تغنى عن رؤية المبيع، إذ أن المشتري برؤيته للعينة يكون في حكم من رأى المبيع . وقد جاء النص الخاص بالعينة ( م ٤٢٠ مدنى ) تالياً للنص الخاص برؤية المبيع أو العلم به ( ٤١٩ مدنى ) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص نص المادة ٤٢٠ مدنى : « هذا النص جديد لا نظير له في التقنين الحالى ( السابق ) ، وهو يعالج حالة يكون البيع فيها على أساس نموذج يتفق عليه المتعاقدان ، فوجب أن يكون المبيع كله مطابقاً لهذا النموذج . وقد يحدث أن المشتري لا يكون قد سبق له رؤية المبيع واكتفى برؤية النموذج، وهذا ما يجعل المسألة اتصالاً بخيار الرؤية ، وهو موضع النص السابق ( ٢ ) .

والمشتري هو الذى يحفظ بالعينة عادة ، ولكن لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن يحفظ بها البائع .

## ١٢٥ - وجوب مطابقة المبيع للعينة : ويجب أن يجمىء المبيع مطابقاً

للعينة مطابقة تامة ، وللمشتري أن يرفض المبيع أو أى جزء منه لا يكون مطابقاً لها (٣) ، حتى لو أثبت البائع أن المبيع أعلى صنفاً أو أجود من العينة ذاتها ، فقد تم الاتفاق على أن يكون المبيع مطابقاً للعينة فليس للبائع أن يقدم شيئاً يخالفها ولو كان أفضل (٤) .

كذلك متى جاء المبيع مطابقاً للعينة لا يستطيع المشتري رفضه ، ولو وجده غير ملائم لحاجته (٥) . بل ليس للمشتري، في الأشياء التي تجرب عادة أو مذاق ،

(١) نفس مدنى ٩ دسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٩ ص ٦٧٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٢٢ .

(٣) استئناف غخلط ٢٣ يولييه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٧١ .

(٤) بلانيول وديبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥ .

(٥) نفس مدنى ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٦ ص ٧٣٠ -

استئناف غخلط ٢١ دسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٤ .



أن برد المبيع المطابق للينة ، ولو وجدته بعد التجربة غير صالح أو بعد المذاق غير ملائم ، فما دام المبيع مطابقاً للينة وجب على المشتري قبوله (١) . ولكن ذلك لا يمنع من رجوع المشتري على البائع بفهم العيوب الخفية في المبيع (٢) .

وإذا وقع نزاع ، مع وجود العينة ، فما إذا كان المبيع مطابقاً لها أو غير مطابق ، فإن البائع هو الذي يحمل عبء إثبات أن المبيع مطابق للينة (٣) . ويجوز الالتجاء إلى الخبراء في ذلك ، ولكن رأى الخبير غير ملزم للقاضي (٤) .

١٣٦ - جزاء هرم مطابقة المبيع للينة : قلنا أن المبيع إذا لم يحمى مطابقاً للينة ، لم يجبر المشتري على قبوله . وينفتح أمامه ، جزاء على عدم المطابقة ، أبواب ثلاثة :

أولاً - يستطيع أن يطالب بالتنفيذ العيني ، فيجبر البائع على تسليمه شيئاً آخر يكون مطابقاً للينة (٥) . بل يستطيع المشتري أن يحصل على شيء مطابق

(١) بلانول وديير وعامل ١٠ فقرة ٢٠٥ .

(٢) بلانول وديير وعامل ١٠ فقرة ٢٠٥ ص ٣٨٠ .

(٣) الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٠٨ ص ١٦٢ — ومع ذلك فقد اقتضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري إذا احتفظ بالينة يكون هو المكلف بإثبات عدم مطابقة المبيع للينة (١٢ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٣٥) . وقد فرقت محكمة الاستئناف المختلطة بين البيع على مقتضى عينة (vente sur échantillon) والبيع على أساس نموذج (vente sur type) . فإن البيع الأول يجب أن يحمى المبيع مطابقاً لكل المطابقة للينة ، أما في البيع الثاني فيكفى أن يشتمل المبيع على العناصر الأساسية التي يقوم عليها النموذج حتى لو وجدت فروق بسيطة بين المبيع والنموذج مادام المبيع صالحاً للفرض المخصص له (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٥٣) . وانظر الأستاذ أنور سلطان ص ٥٥ هامش رقم ١ .

(٤) بلانول وديير عامل ١٠ فقرة ٣٠٥ ص ٣٨٠ .

هذا وليس المشتري ملزماً بمجرد تسليم المبيع أن يضاهيه على العينة وأن يحظر البائع بعدم مطابقتها لها في ظرف ثمان وأربعين ساعة من وقت تسليم المبيع ، فإن هذا الالتزام إنما يقوم فيما بين متسلم البضاعة وأمين النقل والوكيل بالعمولة وفقاً لأحكام المادة ٩٩ من التفتين التجاري ، وتقابل المادة ١٠٥ من التجاري الفرنسي (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٩١ ص ٥٩٦) .

(٥) ذلك أننا نعتبر العينة طريقاً من طرق تعيين المبيع كإسبق القول ، فالبيع بالينة يعم بات (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٠٨) ، وليست مطابقة المبيع للينة شرطاً واقعاً =

للعينة على نفقة البائع بعد استئذان القاضى ، أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال  
( م ٢٠٥ ملى ) .

ثانياً - ويستطيع ، بدلا من المطالبة بالتنفيذ العيى ، أن يطلب فسخ البيع  
لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه من تقديم شيء مطابق للعينة (١) . ويجوز فوق ذلك  
أن يطلب المشتري من البائع تعويضاً عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ البائع  
لالتزامه ، وذلك وفقاً للقواعد العامة .

ثالثاً - ويستطيع ، بدلا من المطالبة بالتنفيذ العيى أو المطالبة بالفسخ ،  
أن يقبل المبيع غير المطابق للعينة ويطلب إنقاص الثمن إذا كانت قيمة المبيع أقل  
من قيمة الشيء المطابق للعينة (٢) .

---

== أو شرطاً فاسخاً يعلق عليه البيع حتى يقال إنه إذا لم تتحقق هذه المطابقة سقط البيع أو انفسخ .  
أنظر مع ذلك فى أن البيع بالعينة بيع معلق على شرط فاسخ الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٢٨  
ص ٦٢ - ص ٦٣ ، أو بيع معلق على شرط وانقضى محكمة الاسكندرية الوطنية ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٢  
المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٢٢٤ .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع المنهض : « والبائع على كل حال مسئول  
عن مطابقة المبيع للنموذج . فان اخطت هذه المطابقة ، جاز للمشتري أن يرفض تسلّم المبيع ،  
وله أن يفسخ البيع لعدم قيام البائع بالتزامه . وتتفق التقنينات الأجنبية فى هذا الحكم : أنظر  
التقنين اللبناني م ٤٤٤ ، والتقنين الألماني م ٤٩٤ ، والتقنين البولوى م ٣٢١ ، والتقنين  
البرازيل م ١١٣٥ ، والتقنين الصينى م ٣٨٨ ، والتقنين السوفيتى م ٢٠١ » ( مجموعة الأعمال  
الصحفية ٤ ص ٢٢ ) .

(٢) استئناف مخطوط ١٤ يزيه سنة ١٩٤٤ م ٤٦ ص ١٨٨ - بلاليل وريير وعامل ١٠  
فقرة ٣٠٩ - ولكن للمشتري ، وإن جاز له اختياراً قبول المبيع مع إنقاص الثمن ، لا يمكن  
إجباره على هذا القبول . وقد قضت محكمة النقض بأن البائع لا تبرأ ذمته إلا إذا قدم بضاعة لمطابق  
العينة التى جرى المتابعة عليها ، فن الخطأ القول بأنه إذا امتنع على البائع أن يحصل على بضاعة  
من العينة المتابعة عليها كان عليه أن يورده ما يستطيع الحصول عليه فإن كان دون العينة جودة  
أو نقارة التزم بطرق الثمن لمصلحة المشتري ( نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة صر ٥  
رقم ٣٤٩ م ٦٧٩ ) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأنه إذا كان الفرق بين  
المبيع والعينة طفيفاً ولا يؤثر فى جودة المبيع أو فى صلاحيته ، لم يكن هناك وجه إلا لتفويض  
الثمن ( استئناف مخطوط أول مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٨٦ - أنظر أيضاً الأستاذ عبد الفتاح  
عبد الباقي فقرة ٣٠ ص ٤٨ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢٦ ) .

## ١٢٧ - إثبات العينة : وقد يحتاج أحد المتابعين إلى إثبات العينة إذا

نازع فيها المتابع الآخر ، وتعرض مسألة الإثبات في فرضين :

( الفرض الأول ) أن يكون المطلوب إثباته هو ذاتية العينة ، فهي في يد المشتري أو في يد البائع ، والطرف الآخر ينكر أنها هي ذاتها العينة المتفق عليها . وفي هذه الحالة يجب تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن من كانت في يده العينة يكون هو المدعى عليه والآخر هو المدعى . فعلى هذا الآخر يقع عبء إثبات أن الشيء الذي في يد الأول ليس هو ذات العينة المتفق عليها (١) ، وهذا ما لم تكن هناك علامة متفق عليها بين الطرفين وقد وضعت على العينة ، فوجود هذه العلامة يكفي لإثبات ذاتية العينة (٢).

( والفرض الثاني ) أن تكون العينة قد فقدها من كانت بيده أو تلفت أو هلكت ، ولو دون خطأ من أحد . فإن كان ذلك وهي في يد المشتري ، كرهو الغالب ، وادعى هذا أن المبيع غير مطابق للعينة ، فعليه هو أن يثبت ذلك فإن البائع لا يد له في ضياع العينة ، فهو على دعواه من أن المبيع مطابق لها ، حتى يثبت المشتري العكس . وإن كانت العينة في يد البائع ، وادعى المشتري أن المبيع غير مطابق لها ، فعلى البائع أن يثبت المطابقة . ويكون الإثبات من الطرفين بجميع الطرق ، بما في ذلك البيئة والقرائن (٣).

---

(١) الأستاذ عبد النعم البدواوي فقرة ١٠٩ ص ١٩٤ .

(٢) وقد أخط تقنين الالتزامات السويسري مبدأ أن من يؤتمن على العينة يصدق بقوله ، وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع الميثاق في هذا الصدد : « ويبنى التقنين السويسري (٢٢٢م) بتحديد من يكلف بإثبات ذاتية النموذج ، وعنده أن من يؤتمن على النموذج يصدق بقوله ، سواء أكان البائع أم المشتري ، وعلى الطرف الآخر أن يثبت العكس . وقد أثار المشروع ترك هذه المسألة خاضعة للقواعد العامة في الإثبات ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢ ) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢ - وقد يهلك المبيع - لا العينة - بسبب أجنبي وهو في يد المشتري ، فعلى المشتري إثبات أن هلاك المبيع كان بسبب أجنبي وأن المبيع غير مطابق للعينة ، وعنده ذلك لا يكون البيع قد انقصد ، ويكون الهلاك على البائع ( استئناف مختلف ١٠ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩٢ ) .

وقد رأينا أن تقنين الموجبات والعقود البنائي ( م ٤٤٤ ) يجعل عبء الإثبات على المشتري دائماً ، دون تمييز بين ما إذا كان النموذج قد هلك في يد المشتري أو في يد البائع ( انظر آنفا ص ٢٣ : في الخاش ) .

### ٥ ٣ - بيع التركة

( vente d' hérédité )

١٢٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٧٣ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« من باع تركته دون أن يفصل مشملاتها لا يضمن لإثبوت وراثته ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

وتنص المادة ٤٧٤ على ما يأتي :

« إذا بيعت تركته ، فلا يسرى البيع في حق الغير إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة . فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات » .

وتنص المادة ٤٧٥ على ما يأتي :

« إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون ، أو باع شيئاً مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد للمشتري ما استوفى عليه ، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة علم الرد » .

وتنص المادة ٤٧٦ على ما يأتي :

« يرد للمشتري البائع ما وفاه هذا من ديون التركة ، وبحسب للبائع كل ما يكون دائماً به للتركة ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » (١) .

#### (١) تلخيص النصوص :

٤٧٣ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠٠ في المشروع النهائي . ثم أقره مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٣ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٧ ) .

٤٧٤ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠١ في المشروع النهائي . ثم أقره مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٤ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٩ - ص ٢١٠ ) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٤٣٨/٣٥٠ (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٤٤١ - ٤٤٤ - وفي التقنين المدني الليبي المواد ٦٢ - ٤٦٥ - ولا مقابل لها في التقنين المدني العراقي ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (٢) .

---

م ٤٧٥ : ورد هذا النص في المادة ٦٤١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، مع العبارة الآتية في المشروع التمهيدى : « إذا كان البائع قد قبض غلة بعض أعيان الشركة » . وقد حذفت هذه العبارة في لجنة المراجعة ، لا لنسخ حكمها ، بل اعتبر الحذف تمديداً لفظياً ، وأصبحت المادة رقمها ٥٠٢ في المشروع التالى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٥ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١١ - ص ٢١٢ ) .

م ٤٧٦ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٢ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الشروع ورد فيه : « يرد المشتري البائع .. كل ما يكون دائناً به الشركة » . فعدلت هذه العبارة في لجنة المراجعة إلى العبارة الآتية : « ويجب للبائع كل ما يكون دائناً به الشركة » ، وهى أكثر دقة ، فإن البائع إنما يرجع يديه على الشركة ولا يسترده من المشتري . وأصبحت المادة رقمها ٥٠٣ في المشروع التالى . ووافق عليها مجلس النواب : فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٦ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٢ - ص ٢١٤ ) .

(١) التقنين المدني السابق م ٤٣٨/٣٥٠ : يدخل في بيع استحقاق الشركة ما لها من الديون والفوائد المقبوضة والمصاريف والديون المدفوعة من وقت افتتاح الشركة ، ما لم يكن هناك شرط يخالف ذلك .

(و) أحكام التقنينين السابق والمجديد واحدة ( ) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٤١ - ٤٤٤ ( مطابقة للمواد ٤٧٣ - ٤٧٦ من التقنين المدني المصرى - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٩٠ فقرة ٢٩٥ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٦٢ - ٤٦٥ ( مطابقة للمواد ٤٧٣ - ٤٧٦ من التقنين المدني لمصرى ) .

التقنين المدنى العراقى : لا مقابل فيه ، ولكن يمكن الأخذ فى العراق بالأحكام الواردة فى التقنين المصرى لاتفاقها مع القواعد العامة . أنظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون ص ٣٧٨ - ص ٣٨٣ - ( ص ٣٨٩ - ص ٤٠٢ ) .

تقنين الموجبات والعقود البنىانى : لا مقابل فيه . ويمكن الأخذ أيضاً فى لبنان بالأحكام الواردة فى التقنين المصرى لاتفاقها مع القواعد العامة .

( م ١٦ - الوسيط ج ٤ )

١٢٩ - صور مختلفة لبيع التركة : ليس المقصود من بيع التركة أن يبيع شخص مجرد حق احتمالي في التركة ، بل يجب في القليل أن يبيع حصة في التركة موجودة ولا يستطيع ذلك إلا إذا ضمن للمشتري أنه وارث . فإذا ضمن صفته هذه ، فهو يبيع حصة في مجموع من المال ، بعد أن تستزل منه ديون التركة فإن الوارث لا تنتقل إليه هذه الديون . وهو في الوقت ذاته يبيع تركة مفتوحة لا تركة مستقبلية ، فقد رأينا أن التعامل في التركات المستقبلية باطل . ومن ثم وجب أن نستبعد من بحثنا هذا صورا ثلاثا : (١) بيع حق احتمالي في تركة دون ضمان صفة الوارث . (٢) بيع تركة مستقبلية . (٣) بيع عين بالذات من أعيان التركة ، فهذا غير بيع التركة التي هي مجموع من المال لأعيان معينة بالذات ولو استغرقت كل التركة (١) ، وسنبحث في مكان آخر بيع الوارث لعين من أعيان التركة قبل سداد الديون .

ويبقى بعد ذلك أن نبحث الصورتين الآتيتين : (١) بيع الوارث حصة في التركة لأجنبي غير وارث . (٢) بيع الوارث حصته في التركة لوارث آخر ، وهذا هو التخارج (٢) .

## ١ - بيع الوارث حصته في التركة لأجنبي غير وارث

### أولاً - حكم هذا البيع فيما بين الطرفين :

١٣٠ - التزامات من الجانبين : ينقد هذا البيع بالتراضي كسائر البيوع فإذا ما انعقد صحيحاً ، رتب التزامات في ذمة الوارث البائع ، والتزامات مقابلة في ذمة المشتري الأجنبي . وهي بوجه عام الالتزامات التي تترتب في كل بيع .

---

(١) الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٦ ص ٢٨٦ .  
(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع المجهدي : « بيع الوارث نصيبه من التركة هو بيع لمجموع من المال ، بما يشتمل عليه من حقوق وديون . وهو أهم من التخارج المعروف في الشريعة الإسلامية » فإن التخارج مقصور على بيع الوارث نصيبه لباقي الورثة ، أما هذا البيع فقد يكون لوارث أو لغير وارث » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٨ ) .

فالتزامات الوارث البائع هي نقل ملكية حصته في التركة إلى المشتري ، وتسليمها إياه ، وضمان ثبوت وراثته . والتزامات المشتري هي دفع الثمن ، ورد ما عسى أن يكون الوارث البائع قد وفاه من ديون التركة ، وحساب ما عسى أن يكون هذا الوارث البائع دائناً به للتركة .

١٣١ - نقل ملكية المحصة المبيعة للمشتري : يلتزم البائع بنقل ملكية حصته في التركة - أو جزء منها - للمشتري . والمتقول ملكيته هنا هو مجموع من المال ( universalité ) ، لا مال معين بالذات (١) . ومن ثم تنتقل للملكية بمجرد البيع ، ويحمل المشتري محل الوارث في حصته (٢) ، ولا حاجة في ذلك للتسجيل حتى لو اشتملت المحصة المبيعة على عقار . ولكن لا تنتقل ملكية عقار بالذات إلى المشتري ، حتى فيما بين الطرفين ، إلا بالتسجيل (٣) . وإلى هذا تشير

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع الاستحقاق في تركة يجب أن ينصب على مجموع من الأموال المختلفة ، فإذا باع الوارث استحقاقه في شيء معين أو في أشياء معينة بحيث يمكن تسليم المبيع للمشتري بدون حاجة إلى قسمة التركة ، فلا يعتبر ذلك بيع استحقاق في تركة ، بل يعتبر بيعاً عادياً (١٩٠ فبراير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٤٠ ص ١٠٨) .

(٢) وذلك من وقت البيع دون أن يرجع إلى أنسيكلوبيدي دالوز *اللفظ cession des droits suc.* (فقرة ٨٥) . وإذا كان المشتري يحمل محل الوارث في ملكية حصته ، فإنه لا يحمل عمله في صفته كوارث ، بل يبقى الوارث البائع محتفظاً بهذه الصفة . وقد ترتب آثار على احتفاظ الوارث البائع بصفة الوارث ، كما إذا كان المورث مؤمناً لمصلحة وريثته أو منشأً لوقف جيل وريثته فيه مستحقين ، فيبقى الوارث البائع صاحب الحق في مبلغ التأمين أو يبقى مستحقاً في الوقف ، ولا تنتقل حقوقه مع حصته إلى باعها للمشتري الأجنبي (الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤١٤ ص ٦٠ - الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٣٩٣ ص ٣١٦) . ولا يصحح المشتري بشرائه حصته الوارث وارثاً ، فإن صفة الوارث لا تنتقل إليه كما قلنا . ويترتب على ذلك أنه لو كان المورث بنت باعت حصتها في الميراث لابنها ، فإن ابن البنت لا يصبح فرعاً وارثاً ولا يجب ابن العم مثلاً . انظر في أن صفة الوارث لا تنتقل إلى المشتري المالكة للإيضاحية المشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢١٣ - وفي أن الوارث البائع يبقى محتفظاً بصفة الوارث جيوار ٢ فقرة ٨٥٩ - أوبري دور ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧١ - بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٨ ص ٤٥٥ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٢ - ويسبق ذلك تسجيل إظهار الوارثة (الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤١٢) .

العبارة الأخيرة من المادة ٤٧٤ مدني عندما تقول : « فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحقوق بين المتعاقدين ، وجب أيضاً أن تستوفي هذه الإجراءات » . أما العقارات بنواتها فتنتقل ملكيتها إلى المشتري بمجرد البيع ، فيصبح المشتري مالكا في الشيوع مع بقية الورثة للمقتولات الموجودة في التركة بمقدار حصة الوارث البايع ، ولا حاجة في ذلك إلى التسليم . وإذا كان في التركة حقوق شخصية في ذمة مدنيها ، فهذه الحقوق تنتقل أيضاً إلى المشتري يملكها شائعة مع بقية الورثة بمقدار حصة الوارث البايع . ولا حاجة هنا أيضاً إلى إعلان مدني التركة أو قبولهم ، فإن الحوالة تنقل الحق إلى المحال له دون حاجة إلى إعلان المدن أو قبوله . وسنرى أن هذا الإعلان أو القبول لازم لصيرورة الحوالة نافذة في حق مدني التركة وفي حق الغير (١) .

أما إذا كان على التركة ديون ، فهذه لا تنتقل إلى المشتري كما تنتقل الديون في حوالة الدين . وذلك لأن القاعدة المعروفة ، وهي ألا تركة إلا بعد سداد الدين ، تمنع من انتقال الديون إلى الوارث . فالمشتري ، عندما يشتري حصة الوارث ، اشتراها خالصة من الديون التي على التركة ، وقيل أن يأخذ شيئاً من التركة يجب وفاء هذه الديون منها . فإذا وفيت الديون جميعاً خلص للمشتري حصة الوارث التي اشتراها ، دون أن ينتقل إليه شيء من هذه الديون (٢) .

**١٣٢ - تسليم الوارث البايع مستعملت حصته للمشتري : ويلتزم الوارث البايع بأن يسلم ما اشتملت عليه حصته في التركة من عقارات ومقتولات وحقوق شخصية وغير ذلك إلى المشتري . ويدخل في ذلك جميع الثمرات والريع**

---

(١) المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٠ .  
(٢) وفي القانون الفرنسي أيضاً لا تنتقل الديون إلى المشتري ، بل يبقى الوارث مسئولاً عنها ويرجع بها على المشتري . ولكن ليس ذلك لأن ديون المورث لا تنتقل إلى الوارث ، فهي تنتقل إليه في القانون الفرنسي ، ولكن لا يمكن نقلها بعد ذلك فيما بين الأحياء من الوارث إلى المشتري لأن حوالة الدين غير معروفة في القانون الفرنسي ( بلانويك وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٨ - كولان وكاينيان ٢ فقرة ٩٩٤ - أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ *cession des droits suces.* فقرة ٦٢ ) .



والمنتجات التي نشأت عن هذه الأموال من وقت افتتاح التركة إلى وقت التسليم سواء كان البائع قد قبضها أو لم يقبضها ، فإن كان قد قبضها وجب عليه ردها للمشتري . ويدخل أيضاً - ما لم يوجد اتفاق صريح مخالف - ما عسى أن يكون الوارث قد استوفاه من الديون التي للتركة (١) ، ونحن ما عسى أن يكون قد باعه من مشتلات التركة للغير قبل أن يبيع حصته (٢) ، وما عسى أن يكون قد استهلكه من هذه المشتلات لاستعماله الشخصي (٣) . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٧٥ مدني ، فهي تقول كما رأينا : « إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئاً مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد للمشتري ما استوفى عليه ، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد » . أما إذا كان قبل بيع حصته قد تبرع بشيء من مشتلاتها ، فالأصل أن يرد قيمتها للمشتري (٤) ما لم يتفق معه على ألا يرد شيئاً .

ويلزم الوارث أن يسلم المشتري مشتلات حصته في الحالة التي تكون عليها وقت بيع الحصة ، لا وقت موت المورث أي وقت افتتاح التركة . وإذا كانت قيمة هذه المشتلات قد زادت بسبب تحسينات أتفق عليها الوارث ، كترميمات وإصلاحات وتعمير ونحو ذلك ، فهذه كلها تكون للمشتري ، إذ هي قد دخلت

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٢ .

(٢) أما بعد بيع حصته ، فإنه لا يستطيع أن يبيع من أجنبى شيئاً من مشتلات التركة . هذا ولا يرد إلا لمن ما باعه ولو كان أقل من قيمته ، لأنه وقت أن باع كان يبيع ما يملك إذ لم يكن قد باع حصته من التركة ، فلا يكون مسؤولاً إلا عما قد جناه من الكسب أي الثمن الذي قبضه (بودرى وسينيا فقرة ٨٧٥ ص ٩٠٤) .

(٣) أنسيكلويدى دالروز ١ لفظ *cession des droits suces.* فقرة ٧٣ - لوبرى ورو .  
فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ .

(٤) فقد استفاد منها ، إذ كان يتبرع من ماله الخاص لو لم يجد مال التركة تحت يده . وقد كان هذا هو الحكم في القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم (بودرى وسينيا فقرة ٨٧٦ - وانظر أيضاً : لوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ - بلانيرول وريير وعامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٥٥٧ - أنسيكلويدى دالروز ١ لفظ *cession des droits suces.* فقرة ٧٤ - الأستاذين أحمد نجيب الملل وحامد زكى فقرة ٩١٩ ص ٦٣٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٢ - الأستاذ عبد المنعم البدواوى فقرة ٤١٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٨٧ هامش رقم ١) .

في الحساب عند تقدير الثمن . وقد يكون الوارث قد حصل بعد موت المورث على تأمين لدين للتركة كرهن أو كفالة ، فهذا التأمين يكون للمشتري ، فقد اعتد به عند حساب الثمن (١) . كذلك إذا كانت مشتريات الحصة المبيعة قد أصابها تلف أو هلك بعضها ، فهذا كله يتحملة المشتري ، لأن هذا الهلاك أو التلف لا بد أن يكون قد حسب حسابه عندما حدد الثمن . ويستوى أن يكون التلف أو الهلاك قد حدث بسبب أجنبي أو بخطأ من الوارث ، ففي الحالتين قد دخل في الحساب (٢).

وإذا كان حق من حقوق التركة قد انقضى باتحاد الذمة بسبب الميراث : فإن هذا الحق ، بعد أن باع الوارث حصته ، يعود إلى الوجود وينتقل إلى المشتري سواء كان الحق شخصياً أو عينياً . مثل الحق الشخصي أن يكون الوارث مديناً للمورث ثم يرثه فينقضي الدين باتحاد الذمة ، ثم يبيع حصته ، فيعود الدين في ذمته للمشتري (٣) . ولكن الكفالة الشخصية أو العينية التي انقضت باتحاد الذمة لا تعود ، حتى لا يضر الكفيل وهو من الذير . وهذا بخلاف الرهن الذي يكون الوارث المدين نفسه قد قدمه ، فإنه يعود مع الدين ، مع الاحتفاظ بحقوق الغير التي ترتبت لهم على العين المرهونة . ومثل الحق العيني أن يكون على عقار للمورث حق ارتفاق لمصلحة عقار مملوك للمورث ، فينقضي حق الارتفاق هذا باتحاد الذمة عند الميراث ، فإذا باع الوارث حصته عاد حق الارتفاق إلى الوجود لمصلحة العقار المرتفق الذي انتقل إلى المشتري . وهذا ما لم يكن الوارث قد

---

(١) بودى سينا فقرة ٨٧٧ وفقرة ٨٨٢ .

(٢) أوبري ورو ، فقرة ٣٥٩ ثالثاً هامش رقم ٩ - بودى وسينا فقرة ٨٧٨ - بلانول وريير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٧ - أما إذا كان التلف قد حصل بفشل من الوارث ، بأن يكون مثلاً قد أطلع المشتري على مشتريات التركة ثم أغنى بعضها أو أطفه عمداً أو تمهدهم قطع التقادم أو عدم قيد الرهن أو عدم تجديد القيد ، فإن كان ذلك قبل بيع الحصة اعتبر تدليساً من جانب الوارث يحمل البيع قابلاً للإبطال ، وإن كان بعد بيع الحصة اعتبر إخلالاً من جانب المورث بالتزاماته كبائع فيستوجب مسئولية المقدية ( أنظر بودى وسينا فقرة ٨٨٠ ) .

(٣) ويستوى أن الوارث إذا كان دائناً للمورث ثم ورثه ، ثم باع حصته في الميراث ، فإنه يستبقى حقه في الرجوع على التركة بالدين الذي له عليها ، ولا ينقضي هذا الدين باتحاد الذمة ( ٤٧٦ مدين ) : أنظر مايل فقرة ١٣٤ .

باع عقاره المرتفق به غير منقل بحق الارتفاق قبل بيع الحصة ، ففي هذه الحالة لا يعود حق الارتفاق حتى لا يضار المشتري لهذا العقار ، ويغلب أن يكون هذا قد دخل في حساب ثمن الحصة (١) .

ولا يدخل في مشتريات التركة ما ليست له قيمة مالية مقصودة ، إذ المفروض أن المشتري إنما اشترى القيمة المالية لحصة الوارث . فلا يدخل ما يصيب الوارث من أوراق المورث الشخصية وأوصيته وبراءات الرتب والأوراق المثبتة للنسب والشهادات المدرسية والصور العائلية وما إلى ذلك ، هذا ما لم يكن لهذه الأشياء قيمة مادية أدخلها المشتري في حسابه باتفاق خاص مع الوارث (٢) . كما لا يوجد ما يمنع من أن يتفق الوارث مع المشتري على استثناء بعض مشتريات التركة من البيع وإن كان لهذه المشتريات المستثناة قيمة مالية ، فيستبقى الوارث مثلاً بعض منقولات التركة أو داراً كان يسكن فيها وما إلى ذلك . ولا بد أن يكون الاتفاق على هذا الاستثناء اتفاقاً صريحاً ، ويفسر تفسيراً ضيقاً ، فلا يتناول إلا الأشياء التي ذكرت دون توسع .

- 
- (١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً من ١٧٠ - بودوي وسينيا فقرة ١٨٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ مكررة - بلانيول وريبير وويلانجيه ٢ فقرة ٢٣٦ . أما إذا كان لعقار الوارث حق ارتفاق على عقار في التركة وانقضى باتحاد التمة ، ثم باع الوارث حصته ، فإن حق الارتفاق يعود لمصلحته وينقل للعقار المرتفق به كما كان .
- وقد يقع أن يبيع الوارث حصته في الميراث مع وجود وصية تركها المورث بثلت تركته مثلاً . فالمفروض في هذه الحالة أن الوارث باع حصته بعد استئصال الوصية ، أي باع حصته في ثلث التركة لاقى التركة كلها . فإذا تبين بعد ذلك أن الوصية باطلة ، وأن الوارث تتناول حصته كل التركة لا ثلثها فقط ، فالظاهر أن الوارث يستبقى حصته في ثلث التركة إذ هي لم تدخل في البيع . عل أن المسألة مرهونة بنية المتعاقدين . فإن كان للوارث قد أراد أن يبيع كل حصته في التركة حل تقدير أن الوصية صحيحة ، فإنه يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يطلب الوارث بما زاد في حصته بسبب بطلان الوصية عل أن يزيد له في الثمن بنسبة الزيادة . وإن كان الوارث عند بيعه حصته قد دخل في تقديره احتمال بطلان الوصية وما يرتب على بطلانها من زيادة حصته ، وأدخل ذلك في حسابه عند تحديد الثمن ، فإن البيع يكون احتمالاً من هذه الناحية ، وإذا أبطلت الوصية كان للمشتري ما زاد في حصته الوارث دون أن يزيد شيئاً في الثمن (قارن بودوي وسينيا فقرة ٨٨٥) .
- (٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً هامش ٤ مكررة - بودوي وسينيا فقرة ٨٨٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ - بلانيول وريبير وويلانجيه ٢ فقرة ٢٣٦٣ - الأستاذان أحد نجيب الحلال وحامله زكي فقرة ٦٢٢ .

١٣٣ - الضمان : رأينا أن المادة ٤٧٣ مدني تنص على أن « من باع تركة دون أن يفصل مشتملاتها لا يضمن إلا ثبوت ورائته ، ما لم يتفق على غير ذلك » . فالوارث عندما يبيع حصته في التركة لا يبيع أموالاً معينة بالذات ، ولكنه يبيع حصته في مجموع من المال أبداً كانت قيمة هذا المجموع . وهذا هو الذي يميز بيع التركة عن غيره من البيوع . فالوارث إذن لا يضمن للمشتري أن يدخل في حصته أى مال معين ، أو أن تكون لهذه الحصة قيمة معينة . فإذا كان المشتري قد حسب وقت شرائه للحصة أن مالاً معيناً سيدخل في هذه الحصة ولم يدخل ، إما لأنه دخل في حصة غير بائنه من الورثة وإما لأنه لم يدخل في التركة أصلاً إذ استرده المستحق له ، فإنه لا يرجع على الوارث بضمان الاستحقاق . وإذا دخلت العين في الحصة المبيعة ، وتبين أن بها عيباً خفياً ، لم يضمن الوارث للمشتري هذا العيب . وإذا تبين أن قيمة الحصة أقل مما قدره المشتري ، بل إذا تبين أن التركة مستغرقة بالديون فليست لحصة الوارث أية قيمة ، أو أن حصة الوارث هي الربع لا الثلث ما لم يكن هناك غلط جوهري في قيمة البيع ، لم يرجع المشتري بالضمان على الوارث ، لأن البيع هنا عقد احتمالي كما قدمنا ، وقد أقدم المشتري عليه بعد البحث والتقصي ، فهو الذي يجنى الكسب ويحمل الخسارة (١) .

فلا يضمن الوارث إذن للمشتري إلا شيئاً واحداً ، هو أنه وارث ، أى ثبوت ورائته في التركة (٢) . فيضمن أولاً أن التركة قد فتحت فعلاً ، لأنه إذا تبين أن الوارث قد باع تركة مستقبلية فالبيع باطل كما قلنا . ويضمن بعد ذلك أنه يرث في هذه التركة ، فإذا تبين أنه ليس من الورثة فإنه يكون قد باع ما لا يملك ، ويكون البيع قابلاً للإبطال وفقاً للقواعد المقررة في بيع ملك الغير ، ويجوز للمشتري قبل أن يسترد الوارث الحقيقي أن يبادر إلى المطالبة بإبطال البيع واسترداد الثمن الذي دفعه مع التعويض إن كان وقت أن اشتري الحصة يحتمل أن البائع ليس بوارث . ويضمن الوارث البائع أخيراً أى عمل من أعماله الشخصية

(١) كذلك لا يضمن الوارث ملاءة مدين التركة ( الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٦ ) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشرح التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٠٨ .

التي تتعارض مع كونه وارثاً باع حصته ، كأن يبيع هذه الحصة مرة أخرى ، أو أن يبيع شيئاً من مشتعلاتها ، أو أن يستوفى ديناً لها .

على أنه يجوز الاتفاق على تشديد هذا الضمان ، فيشترط المشتري على الوارث أن يضمن له قيمة معينة للحصة إذا نزلت دفع الوارث الفرق للمشتري (١) ، أو أن يضمن له دخول مال معين بالذات في الحصة المبيعة . وقد يكون هذا الاتفاق ضمناً ، كأن يفصل المشتري مشتعلات الحصة التي يشتريها ، فيذكر أنها تشتمل على كذا وكذا من العقارات والمنقولات والحقوق والأموال الأخرى . فكل ما ذكر يكون الوارث ضامناً لدخوله في الحصة المبيعة ، وإذا لم يدخل لأى سبب رجع المشتري على الوارث بضمان الاستحقاق (٢) . بل قد يرجع أيضاً بضمان العيب ؛ إذا اشترط ذلك صراحة أو ضمناً .

وجوز الاتفاق على تخفيف الضمان فيشترط الوارث على المشتري مثلاً أنه لا يضمن وجود ورثة آخرين معه ، أياً كان عددهم ومهما بلغ مقدار حصصهم . بل يجوز الاتفاق على عدم ضمان الوارث لثبوت وراثته أصلاً ، فيكون ما يبيعه الوارث في هذه الحالة هو مجرد احتمال أن يكون وارثاً . ويظهر ذلك بوجه خاص في تحديد الثمن ، فإن العقد في هذه الحالة يصبح عقداً احتمالياً محضاً ، ويكون الثمن مخفوضاً مخفوضاً يواجه هذا الاحتمال (٣) .

---

(١) وقد يؤخذ ذكر قيمة الحصة في عقد البيع قرينة على أن المشتري قد اتفق مع الوارث على ضمان هذه القيمة (قارن الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكي لقرة ١٢٦ - الأستاذ عبد المنعم البدراوي لقرة ٤١٥) .

(٢) أوبري ودو ه لقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٢ - بلاتويك وريبير وهامل ١٠ لقرة ٣٥٩ ص ٤٥٨ - بلاتويك وريبير وبولانجييه ٢ لقرة ٢٢٩٦ .

(٣) انظر في كل ذلك بودري وسينيا لقرة ٨٨٦ - لقرة ٨٩١ - وإذا اشترط الوارث أنه لا يضمن حتى ثبوت وراثته ، وثبت به ذلك أنه ليس بوارث ، لم يضمن ، ولكن يجب عليه أن يرد الثمن الذي أخذه ، إلا إذا اشترط أيضاً عدم رده ( بلاتويك وريبير وهامل ١٠ لقرة ٣٥٩ ص ٤٥٨ ) . ومع ذلك إذا ثبت غش الوارث وأنه كان يعلم وقت البيع أنه ليس بوارث ، وجب عليه رد الثمن والكسوف حتى لو اشترط عدم الضمان ( أوبري ودو ه لقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٦٩ - بلاتويك وريبير وهامل ١٠ لقرة ٣٥٩ ص ٤٥٩ - بلاتويك وريبير وبولانجييه ٢ لقرة ٢٣٦٦ ) .

١٣٤ - **الزماعات المشترى** : يلتزم المشترى أن يدفع للوارث. الثمن المتفق عليه والمصروفات والقوائد ، شأنه في ذلك شأن كل مشتر آخر (١) . ويلتزم فوق ذلك أن رد للوارث ما عسى أن يكون هذا قد دفعه من تكاليف التركة . فما دفعه الوارث في تجهيز الميت - المورث - وفي ضريبة التركات التي تقع على حصته المبيعة وما إلى ذلك من تكاليف يسترده من المشترى ، لأن هذه هي العناصر السلبية لمجموع المال الذي اشتراه المشترى من الوارث .

أما ديون التركة فهذه لا يلتزم بها المشترى ، لأن الوارث نفسه لا يلتزم بها ، وذلك وفقاً للمبدأ المقرر في الشريعة الإسلامية وهو يقضى بالتركة إلا بعد سداد الدين (٢) . فالتركة هي التي تقوم بسداد ديونها أولاً ، وما بقي بعد ذلك فهو ميراث ، والوارث إنما باع حصته في هذا الميراث بعد استئزال الديون . ولكن يجوز أن يكون الوارث قد دفع من ماله حصته في دين على التركة ، فيرجع بما دفعه على المشترى ، لأن هذا قد استفاد بما دفعه الوارث ، إذ خلصت له الحصة دون أن يستئزل منها هذا الدين . كذلك قد يكون الوارث دفع ما يصيب حصته في وصية تركها المورث ، فهنا أيضاً ولنفس السبب يرجع الوارث على المشترى بما دفع . وهناك رسم يدفع على انتقال التركة للوارث ، وهو رسم على انتقال الملكية من المورث إلى الوارث ويسمى رسم الأيلولة . فهذا يدفعه الوارث في مقابل انتقال حصته في التركة إليه ، ولا يرجع به على المشترى ، لأنه هو

---

(١) والمتمن مضمون بحق امتياز على الحصة المبيعة ، ويجب قيد هذا الامتياز بالنسبة إلى المقارنات (بلائيول وريير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ ص ٤٥٩) - وإذا كان الوارث البائع قاصراً واشتعلت حصته على مقارنات ، وكان في الثمن فيما يقابل المقارنات حين يزيد على الخمس ، جاز طلب تكله الثمن إلى أربعة أخماس ثمن الكل . وتقوم المقارنات بحسب قيمتها وقت البيع ، وتوازن هذه القيمة بجزء من الثمن بنسبة قيمة المقارنات إلى قيمة مجموع مشتعلات الحصة لمعرفة ما إذا كان هناك حين يزيد على الخمس (٢٥٠ م مدي) : انظر بلائيول وريير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٧ - أنسيكلويدى دالروز ١ لفظ *cession des dr. succoes* فقرة ٤٣ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٩ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٦٢١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢١٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٨ .

الذى استفاد منه فقد انتقلت إليه ملكية الحصّة واستطاع بذلك أن يبيعها (١) .  
أما المشتري فيدفع رسم البيع الذى انتقلت بموجبه ملكية الحصّة إليه من الوارث ،  
وهذا الرسم يدخل فى مصروفات البيع التى يلتزم بها المشتري (٢) .

وقد يكون الوارث دين فى ذمة المورث ، فهذا الدين يلتزم به التركة  
ولا ينقضى باتحاد الذمة لأن ديون المورث لا تنتقل إلى ذمة الوارث . فيكون  
لوارث أن يطالب التركة بماله من الدين ، ويتحمل المشتري نصيب الحصّة  
المبيعة فى هذا الدين ، أى أنه يحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة ويتحمل  
المشتري نصيبه فى ذلك باعتباره مالكا لخصّة المبيعة . وإلى هذا كله تشير  
المادة ٤٧٦ مدنى ، كما رأينا ، إذ تقول : « يرد المشتري للبائع ما وفاء هذا  
من ديون التركة ، ويحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة ما لم يوجد اتفاق  
يقضى بغير ذلك » .

فيجوز إذن الاتفاق على تشديد هذه الالتزامات أو على تخفيفها . يجوز  
مثلا الاتفاق على أن يدفع المشتري رسم الأيلولة ، فهذا تشديد فى التزامات  
المشتري . كما يجوز الاتفاق على ألا يرد المشتري للبائع ما وفاء هذا من ديون  
التركة أو الوصايا ، أو على ألا يحسب لوارث البائع ما كان دائناً به للتركة ،  
وهذا تخفيف فى التزامات المشتري .

---

(١) ولكن من ناحية قوانين الضرائب يكون المشتري مسئولاً بالتضامن مع الوارث البائع  
عن سداد هذه الضريبة ، إذا تم البيع قبل مضي عشر سنوات من وقت افتتاح التركة . فقد نصت  
المادة ٤٥ من قانون ضريبة التركات الصادر فى ٣١ أغسطس سنة ١٩٤٤ على أنه « يجب حل كل  
من يشتري عقاراً أو أى حق آخر من الحقوق البينة آيلاً إلى البائع من تركة أو من وصية ، ولم  
يكن قد مضى حل وفاق المورث أو الوصى أكثر من عشر سنوات ، أن يتثبت قبل التعاقد من  
الوفاء بالرسوم المطلوبة للحكومة ، وإلا كان مسئولاً بالتضامن مع الوارث البائع عن وفاء الرسوم  
المتأخرة . وكل من يشتري منقولات مع علمه بعدم وفاء رسوم الأيلولة يكون مسئولاً بالتضامن  
من دفعها مع الوارث البائع » ( انظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٤ ص ٤٢١ ) .  
(٢) أوبرن، ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ - بودرى وسيتا فقرة ٨٩٤ - بلايول  
وريجير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ .

### ثانياً - حكم هذا البيع بالنسبة الى الغير :

١٣٥ - الغير هنا طوائف ثلث : يمكن تمييز طوائف ثلاث من الغير في بيع التركة . الطائفة الأولى هم الورثة الآخرون غير الوارث البائع . والطائفة الثانية هم دائنو التركة ومدبنيها . والطائفة الثالثة هم الخلف الخاص للوارث البائع أى كل شخص تلقى من الوارث البائع حقاً على عين أو دين من مشتملات الحصة المبيعة . ولما كان الحكم يختلف بالنسبة إلى كل طائفة من هؤلاء ، فنستعرضهم متعاقبين طائفة بعد الأخرى .

١٣٦ - الورثة الآخرون : هؤلاء ليسوا طرفاً في البيع الذى تم بين الوارث البائع والمشتري ، فلا يكسبون من هذا البيع حقاً ولا يترتب في ذمتهم التزام . ولكن البيع الذى تم جعل المشتري شريكاً لهم في الشيوع في جميع مشتملات التركة ، من عقارات ومتقولات وديون ، بمقدار حصة الوارث البائع وقد حل المشتري محله بموجب البيع . فنحقيهم الاعتداد بهذا البيع ولولم يعلن لهم ، ويتقاسمون التركة مع المشتري باعتباره شريكاً لهم ، وتكون هذه القسمة نافذة في حق الوارث البائع فقد خرج بالبيع عن أن يكون هو الشريك . ومن حق الورثة ، قبل صدور البيع من الوارث ، أن يتقاسموا مع هذا الوارث ، فنفرض حصته . ويقع البيع عليها مفرزة لاشاعة ، وتكون هذه القسمة نافذة في حق المشتري من الوارث كخلف خاص ينصرف إليه أثر العقد الصادر من سلفة متعلقاً بالشيء المبيع . أما بعد البيع ، فإذا كان الورثة الآخرون لم يخطروا به ، كان من حقهم أن يتقاسموا مع الوارث البائع ، لأن المفروض أنهم لا يعلمون بالبيع (١) . فإذا بدأت إجراءات القسمة ، واستطاع المشتري أن يخطرهم (٢)

---

(١) بودوى وسيتيا ققرة ٩١٠ - ويعتبر المشتري من الوارث في هذه الحالة ، بالنسبة إلى سائر الورثة ، دائناً للوارث البائع . وقد تمت القسمة قبل أن يتدخل المشتري ، فليس له أن يعلن فيها إلا في حالة الفش ( ٢/٨٤٤ م ) - وحققاً لا يمنع ، كما قدمنا ، من أن تنقسم الورثة التركة مع المشتري ، حتى قبل أن يخطروا بالبيع ، وتكون هذه القسمة نافذة في حق الوارث البائع . (٢) والإخطار ليس له شكل خاص ، ولكن يجب إثباته إذا أنكرته الورثة وفقاً لقواعد العامة في الإثبات .



بالبيع قبل أن تم ، كان للمشتري أن يتدخل في القسمة (١) ، بل له أن يطلب إخراج الوارث من الإجراءات وأن يحل محله فيها فيكون هو المتقاسم مع سائر الورثة . وإذا كان الورثة قد أخطروا بالبيع قبل إجراءات القسمة فليس لهم أن يتقاسموا مع الوارث البائع فقد باع حصته للمشتري ، ويكون التقاسم معه غير نافذ في حق المشتري . ولا يجوز للورثة أن يتقاسموا إلا مع المشتري ، فهو الذي أصبح شريكاً لهم في الشيوع مكان الوارث البائع وقد أحبطوا علماً بذلك عن طريق الإخطار (٢).

**١٣٧ - واثو التركة ومريزها :** أما دائنو التركة فيبقون ، بالرغم من بيع الوارث لحصته ، دائنين للتركة ذاتها ، لا للوارث ولا للمشتري منه كما سبق القول ، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون . فيستوفون ديونهم من أموال التركة (٣) مقدمين على الورثة وعلى غيرهم من موصي لهم أو من يتلقى حصفاً من

---

(١) باعتباره دائماً لأحد الشركاء وهو الوارث البائع ( م ١/٨٤٢ مدني ) .  
(٢) ولما كان الوارث قد باع حصته لأجنبي غير وارث ، فإنه يجوز للورثة الآخرين قبل القسمة استرداد هذه الحصة ، وفقاً لمادة ٨٣٣ مدني وهي تنص على أن « الشريك في المنقول الشائع أو في المجهوع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق المارسة ، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ طمسه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري ، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عرضه عن كل ما أنفقته . ٢ - وإذا تمدد المستردون ، فلكل منهم أن يسترد بنفسه حصته » . أنظر أوبري ورو . ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٢ - بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ مكررة ص ٤٦١ - بلانويول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣٩١ - كولان وكايبشان ٢ فقرة ٩٧١ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ *cession des dr. succes* فقرة ١٤٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤١ ص ٤١٨ .  
كذلك إذا كان الورثة الآخرون يتنازعون في وراثة الوارث البائع ، فن حقهم أن يستردوا الحصة الميعة كما يسترد أي حق متنازع فيه ( الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ٢٨٥ هامش رقم ١ ) .

(٣) ومن ثم لا يكون هناك محل لحالة الدين من الوارث إلى المشتري ، فإن الوارث نفسه غير مدين ، بل التركة . ويتقرب على ذلك أنه لا يلزم اتخاذ إجراءات حوالة الدين ( الأستاذ عبد المنعم الهادي فقرة ٤١٢ ص ٦٠٢ - قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٩ ص ٤٦٣ ) ، وهذا بخلاف إجراءات حوالة الحق فيجب اتخاذها لأن حقوق التركة تنقل إلى الوارث ويحولها إلى المشتري .

الورثة كالمشتري من الوارث البائع . وإذا تسلم المشتري مشتريات الحصص المبيعة ، فإن ما تسلمه يبقى مشلولاً عن ديون التركة ، ولدائتها أن يتبعوا هذا المال في يد المشتري وينفذوا بحقوقهم عليه ، على النحو الذي سنبينه عند الكلام في تصرف الوارث في أموال التركة المدينة قبل سداد الدين<sup>(١)</sup>.

أما مدينو التركة فهؤلاء يكونون بالبيع مدينين للمشتري من الوارث لأن الوارث تنتقل إليه حقوق التركة بخلاف ديونها ، فيحول بالبيع هذه الحقوق للمشتري منه ، وتسرى القواعد العامة المتعلقة بحالة الحق . ومن أهم هذه القواعد أن الحوالة لا تكون نافذة في حق مدينى التركة إلا إذا قبلوها أو أعلنوا بها (م ٤٧٤ مدني<sup>(٢)</sup>). فإذا لم يقبلوها الحوالة ولم يعلنوا بها ، ووفوا الوارث البائع حصته من الديون التي في ذمتهم للتركة ، كان هذا الوفاء نافذاً في حق المشتري . ولا يبقى للمشتري إلا الرجوع بالضمآن على الوارث البائع ، فقد قدمنا أنه ضامن لأعماله الشخصية ، واستيفائه لديون التركة بعد بيع حصته يعتبر عملاً شخصياً من جانبه يستوجب الضمان .

### ١٣٨ - الخلف الخاص للوارث البائع : يمكن أن نتصور أن الوارث

قد باع - بعد البيع الصادر منه للمشتري أو قبل هذا البيع - لشخص آخر شيئاً من مشتريات حصته ، عقاراً أو متقولاً أو ديناً للتركة . فيكون هذا الخلف الخاص للوارث معتبراً من الغير في البيع الصادر قبل ذلك أو بعد ذلك للمشتري لخصصة الوارث . ويجوز أيضاً ، بدلاً من أن يبيع الوارث من مشتريات حصته عيناً بالذات ، أن يبيع نفس الحصص كمجموع من المال لمشتري آخر ، فيكون هذا المشتري الآخر من الغير أيضاً .

فهؤلاء الأغيار - مشتري العقار المعين أو المتقول المعين أو الدين الذي للتركة أو حصص الوارث في مجموعها - لا يسرى في حقهم البيع الصادر من الوارث للمشتري ، إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت

(١) انظر ما يلي فقرة ١٩٣ - فقرة ١٩٤ .

(٢) الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ٤١٢ .

عليه التركة . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٧٤ مدنى كما رأينا ، إذ تقول ، « إذا بيعت تركة ، فلا يسرى البيع فى حق الغير إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة (١) » . وقد حسم هذا النص خلافاً لازال قائماً فى الفقه الفرنسى فى هذه المسألة وأخذ بالرأى الراجح فى هذا الفقه (٢) ، وكان هذا أيضاً للرأى الراجح فى عهد التقنين المدنى السابق ولم يكن هذا التقنين يشتمل على نص مماثل للمادة ٤٧٤ مدنى (٣) .

فإذا كان الغير مشترياً لعقار بالذات من مشتملات الحصة المبيعة ، فسواء اشتراه قبل بيع الحصة أو بعدها ، فإن المشتري للحصة لا يقدم عليه إلا إذا سجل البيع فى خصوص هذا العقار قبل أن يسجل مشتري العقار البيع الصادر إليه ، وأيهما سبق الآخر فى التسجيل كان هو المقدم (٤) . ذلك أن المشتري لحصة

(١) وقد رأينا أن العبارة الأخيرة من المادة ٤٧٤ مدنى تنص على ما يأتى : « فإذا قص القناون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتاعفين ، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات » . وقدّمنا مثلاً لذلك التسجيل فى العقار ، فهو واجب فى نقل الملكية حتى فيما بين المتاعفين ، فوجب التسجيل حتى تنتقل ملكية عقار بالذات حتى فيما بين الوارث البائع والمشتري لحصة هذا الوارث ( انظر آنفاً فقرة ١٣١ ) .

(٢) فى الفقه الفرنسى آراء ثلاثة : رأى يذهب إلى ضرورة بيع الحصة نافذاً فى حق الغير باعطار باتى الورثة بهذا البيع . ورأى ثانٍ يجعل هذا البيع نافذاً فى حق الغير دون حاجة إلى أية إجراءات . ورأى ثالث لا يجعل هذا البيع نافذاً فى حق الغير إلا باتخاذ الإجراءات اللازمة لضرورة البيع نافذاً فى حق الغير فى العقار بالنسبة إلى عقارات الحصة المبيعة ، وفى المنقول بالنسبة إلى منقولات هذه الحصة ، وفى حوالة الحق بالنسبة إلى الديون التى لهذه الحصة . أنظر فى هذه الآراء الثلاثة بودرى وسينيا فقرة ٩٠٣ - فقرة ٩١٠ - وأنظر فى أن للرأى الثالث هو الرأى الراجح جيوار فقرة ٨٦٦ - لوارن ٢٤ فقرة ٤٧٨ - أوبرى دور فقرة ٣٥٩ ثالثاً هامش رقم ٢٤ - بودرى وسينيا فقرة ٩٠٦ - بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٦ كولان وكايتيان ٢ فقرة ٩٧٢ - أنجكلويدي دالوز ١ لفظ *cession des dr. succes.* فقرة ٥٣ - فقرة ٥٦ . وقارن هيك فى حوالة الحق ١ فقرة ٣٠٦ - بلانويول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٢٣ .

(٣) الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكى فقرة ٦٢٤ - فقرة ٦٢٥ .

(٤) وقد يكون الغير تلقى من الوارث حقاً عينياً غير الملكية ، حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن أو غير ذلك ، فالعبرة هنا أيضاً بالأسبقية فى التسجيل أو فى القيد . وقد يكون دائن الوارث حجز على عقار من مشتملات الحصة المبيعة ، فإذا كان قد سجل انتفبه قبل أن يسجل مشتري الحصة البيع قدم على هذا المشتري ( بودرى وسينيا فقرة ٩٠٧ ص ٢٩٤ - ص ٩٢٥ ) .

الوارث كما يعتبر مشترياً لهذه الحصّة في مجموعها ، يعتبر كذلك مشترياً لكل عقار بالذات ولكل منقول بالذات ولكل دين بالذات تشتمل عليه هذه الحصّة ، فوجب استيفاء الإجراءات الواجبة لنقل كل حق من هذه الحقوق .

وكذلك الحكم في المنقول ، تنتقل ملكيته بمجرد البيع ، فإذا كان يبيع الحصّة سابقاً على بيع منقول بالذات انتقلت ملكية المنقول إلى مشتري الحصّة دون مشتري المنقول ، وإذا كان العكس انتقلت الملكية إلى مشتري المنقول دون مشتري الحصّة . على أن أيّاً منهما يتسلم المنقول بحسن نية قبل الآخر تنتقل إليه الملكية بموجب الحيازة ، فيفضل على صاحبه .

وكذلك الحكم في دين للتركة ، لا تنتقل ملكيته لمشتري الحصّة بالنسبة إلى مشتري هذا الدين بالذات إلا إذا قبل مدين التركة بيع الحصّة أو أعلن به قبل أن يقبل شراء الدين أو قبل أن يعلن به ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الحق . ويقدم مشتري الدين على مشتري الحصّة ، إذا تمكن مشتري الدين من الحصول على قبول المدين قبولاً ثابت التاريخ أو أعلنه بالحوالة قبل قبول ثابت التاريخ لبيع الحصّة أو إعلان هذا البيع (١) .

وكذلك الحكم أخيراً في حالة ما إذا باع الوارث حصته كمجموع لشخصين على التعاقب ، فأى المشتريين لخصّة الوارث سبق الآخر في التسجيل بالنسبة للعقارات ، أو الحيازة بالنسبة إلى المنقولات ، أو إعلان الحوالة أو التاريخ الثابت لقبولها بالنسبة إلى الديون ، كان هو المقدم . وقد يتقدم في العقارات ويتأخر في المنقولات أو في الديون ، كما يجوز أن يتقدم في بعض العقارات دون بعض أو في بعض المنقولات أو الديون دون بعض ، حسبما يتفق أن يسبق إليه في الإجراءات الواجبة بالنسبة إلى كل حق .

---

(١) ومثل ذلك في حالة ما إذا حيز دائن الوارث تحت يد مدين التركة ، فإذا كان الحيز سابقاً على إعلان بيع الحصّة أو التاريخ الثابت لقبول البيع من مدين التركة ، زاسم للدائن الحاجز مشتري الحصّة ، وإذا كان العكس فهم مشتري الحصّة على الدائن الحاجز ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الحق .

## ب - بيع الوارث حصته في التركة لوارث آخر

### (التخارج)

#### ١٣٩ - التمييز بين حالتين : إذا باع الوارث حصته في التركة لوارث

آخر ، كان هذا هو التخارج المعروف في الفقه الإسلامي (١) . ويجب هنا أن نميز بين حالتين : حالة ما إذا اشترى الوارث الآخر أو الورثة الآخرون حصته الوارث البائع بثمن دفعوه من ماله الخاص ، وحالة ما إذا اشترى الحصص بمال دفعوه من أموال التركة ذاتها .

ففي الحالة الأولى يكون شأن الوارث المشتري أو الورثة المشترين شأن المشتري الأجنبي ، فيكون لم حقوق المشتري الأجنبي والتزاماته ، ويسرى البيع الصادر لم في حق الغير وفقاً للأحكام التي سبق أن قررناها . فإن كان المشتري وارثاً واحداً ودفع الثمن من ماله الخاص ، استحق حصص الوارث البائع وحل محله في التركة . وإن كان المشتري كل الورثة أو ورثة متعددين ودفعوا الثمن من

---

(١) وقد قفست محكمة الاستئناف الوطنية بأن عقد التخارج الذي آجازه الشريعة الإسلامية في أحوال الميراث هو عقد يتنازل بموجبه أحد الورثة لشريكه أو لشركائه في الميراث من نصيبه في التركة في مقابل شيء معلوم . وليس من الضروري لصحة هذا العقد أن تكون أعيان التركة معلومة للمتعاقدين ومعيّنة في العقد تعميماً تاماً ( ٧ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٣٠ ص ٥٠ ) . وقفت محكمة استئناف مصر بأنه يصح التخارج متى لو كانت التركة مدينة ، لأن بيع الوارث نصيبه في التركة يشمل الدين التي لها والتي عليها طبقاً لقاعدة ٣٥٠ مدني ( سابق ) ( ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٠ ص ٢٨٧ - وانظر أيضاً نفس مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة محر ٣ رقم ١٦ ص ٣٥ ) . وقفت بأن عقد التخارج لا يحصل إلا من وارث لوارث ، فالبيع الصادر من وارث في حصته في التركة لغير وارث يعتبر بيع استحقاق في التركة ويجب تسجيله ( ٥ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٢/٤٩٦ ص ٩٩٢ ) . وقفت محكمة أجا بأن عقد التخارج ينطوي بطبيعته على بيع الوارث لنصيبه في التركة جزافاً ، وهذا الوصف لا يضمن البائع للمشتري سوى وجود التركة من غير بيان لمشتريها فلا يضمن المتخارج إذن استحقاق بعض الأعيان للغير ، إلا إذا نص في عقد التخارج على الأعيان المتخارج عليها بالذات ونصيب المتخارج فيها ( ١٩ أبريل سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢/٥٦٨ ص ٦٩٤ ) .

مالهم الخاص ، ولم ينص في عقد التنازع على طريقة قسمة حصة الخارج بين الورثة المتعددین ، قسمت هذه الحصة عليهم بالسوية بينهم . وتنص المادة ٤٨ من قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ على هذا الحكم إذ تقول : « التنازع هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم . فإذا تنازع أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحمل حله في التركة ، وإذا تنازع أحد الورثة مع باقيهم ، فإن كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصباهم فيها ، وإن كان المدفوع من مالهم ، ولم ينص في عقد التنازع على طريقة قسمة نصيب الخارج ، قسم عليهم بالسوية بينهم » .

أما في الحالة الثانية فإن التنازع يكون بمثابة القسمة أو الصلح لا البيع ، ذلك أن الورثة الآخرين دفعوا للوارث مالا من أموال التركة ، وتنازحوا بهذا المال على حصة هذا الوارث . وبذلك اختص الوارث المتنازع به مال معين في التركة يقابل حصته ، واختص سائر الورثة بباقي التركة ، فيكون هذا الاتفاق صلحاً أو قسمة وأفرزت بها حصة الوارث المتنازع . ويطلب أن يكون المقصود بالتنازع الصلح ، إذ يقع نزاع على استحقاق أحد الورثة ، فيبقى باقي الورثة معه على أن يأخذ مالا معيناً من التركة وينزل عن ادعائه في الميراث في باقي التركة (١) . فإذا لم يكن هناك نزاع على ميراث الوارث الخارج ، كان التنازع قسمة (٢) . وهناك قواعد مشتركة في التنازع صلحاً كان أو قسمة ، كما

---

(١) جاء في الزيلعي : « إن أخرجت الورثة أحدهم من عرش أو مقام بمال » أو من ذهب بفضة ، أو من فضة بذهب ، صح ، قل ما أطوه أكره ، لأنه يجعل حل المبادلة ، لأنه صلح من حين . ولا يمكن حله على الإبراء ، إذ لا دين عليهم ولا يتصور الإبراء من الدين . ويبيع المقار والعروض بالقليل والكثير جائز ، وكذا بيع الذهب بالفضة لعدم الربا لاختلاف الجنس . وفي الآثار أن تهاجر امرأة عبد الرحمن بن عوف صلحها ورثته من ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار ، وقيل على ثلاثة وثمانين ألفاً ، بحسب من الصحابة . وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال يتنازع أهل الميراث ، أي يخرج بعضهم بعضاً بطريق الصلح . ولا يشترط أن تكون أيمان التركة معلومة ، لأنه لا يحتاج فيها إلى التسليم ، ويبيع ما لا يعلم قدره فيه جائز » (الزيلعي ٩ : ص ٩٠ - وانظر أيضاً تكملة فتح القدير ٧ ص ٥٢) .

(٢) وقد قضت محكمة الاسكتندرية الابتدائية المختلطة بأنه إذا ظهر من ظروف الأحوال أن عقد التنازع لم يكن القرض منه صلحاً لوضع حله النزاع الموجود ، فلا يعتبر إلا نزولاً ==

أن هناك فروقاً في الأحكام فيما إذا كان التخارج صلحاً أو قسمة ، فنستعرض  
الأمريين .

١٤٠ - **أحكام مشترك في الخارج** : سواء كان التخارج صلحاً  
أو قسمة ، فهو كاشف على الحق لا منقضي له ، لأن هذه هي طبيعة كل من  
الصلح والقسمة ، ويترتب على ذلك ما يأتي :

أولاً - من حيث نقل الملكية : لا ينقل التخارج ملكية مال الشركة إلى  
الوارث الخارج ، بل يتكشف الأمر من أن الوارث الخارج يملك هذا المال  
مفرزاً منذ البداية من طريق الميراث . ولما كان هذا الأمر الكاشف لاحتاجة فيه  
إلى التسجيل فيما بين الطرفين ، فإن التخارج لا يسجل لإنتاج أثره فيما بين الورثة ،  
وإن كان التسجيل ضرورياً لإنتاج أثره بالنسبة إلى الغير (١) . ويترتب على الأثر  
الكاشف أيضاً أن جميع الحقوق العينية التي يكون الوارث الخارج قد رتبها على  
الأموال الأخرى للشركة تسقط ، حتى لو كانت قد سجلت أو قبلت قبل إجراء  
التخارج . إذ يعتبر الوارث لم يملك شيئاً من هذه الأعيان منذ البداية ، فيكون  
تصرفه تصرفاً صادراً من غير مالك ، فلا ينقل إلا بأجازة باقي الورثة (٢) .

ثانياً - من حيث التزامات الطرفين : لا تكون التزامات المتبايعين ، بل هي  
التزامات المتصالحين أو المتقاسمين . فلا يلتزم الوارث بنقل ملكية الأعيان  
إلى الورثة ، إذ يعتبرون مالكيها منذ البداية . ولا يلتزم الورثة بنقل ملكية

---

== من أحد الورثة عن حصته الشائعة في الميراث في مقابل فيه معين بقصد الخروج من الشيوع  
( ١٦ أبريل سنة ١٩٢١ جازيت ١١ رقم ٢٥٩ من ١٨٢ ) . انظر أيضاً بلانبول وريبيد  
وحامل ١٠ فترة ٣٥٥ ص ٤٥٣ ، ويشترطون حتى يكون التخارج قسمة طبقاً لقفاء الفرنسي  
أن يكون من شأنه إفراز حصة كل من الورثة لا حصص بعضهم دون بعض .

(١) وتسجيل عقد التخارج لينتج أثره نحو الغير واجب ، سواء كان ذلك في عهد التقنين  
المجدد أو في عهد التقنين السابق . ويسمى هذا التسجيل تسجيل إلهاد الورثة ( الأستاذ محمد  
كامل مرسى فترة ٢٥٢ ) . أما في فرنسا فالقود الكاشفة - ومنها التخارج - لا تخضع  
للتسجيل حتى في إنتاج أثرها في حق الغير ( بودوي وسينيا فترة ٩١١ )

(٢) وكذلك إذا تصرف الوارث في منقولات الشركة ثم تخارج سقطت تصرفاته ، هذا ما لم  
يكن قد سلم المنقول لمشتري حسن النية فيملكه متعاقب بالمجازة ( بودوي وسينيا فترة ٩١٢ ) .

المال الذى أخذه الوارث الخارج من التركة ، إذ يعتبر مال كاله هو أيضاً منذ البداية كما قلنا .

ثالثاً - بالنسبة إلى الغير : لا يعتبر باقٍ الورثة هنا من الغير ، إذ هم الذين تعاقدوا مع الوارث الخارج صلحاً أو قسمة (١) . أما دائر التركة فيبقون دائرين لها ، ولم أن يرجعوا بدينهم على الوارث الخارج بقدر ما أخذ من أموال التركة ، ولكن يكون للوارث الخارج في هذه الحالة الرجوع على بقية الورثة بما دفعه من ديون التركة ، لأنهم تصالحوا معه أو تقاسموا على أساس أن حصته الصافية من التركة بعد استئصال الديون هي ما أخذه من المال . أما مدينو التركة فيكونون مدينين لبقية الورثة ، كل بقدر حصته في الميراث ، ولا شيء من هذه الديون للوارث الخارج فهو قد أخذ نصيبه من التركة ولم يدخل فيه شيء من هذه الديون (٢) . وأما الخلف الخاص ، ممن ترتب لهم حق عيني على الأموال الأخرى للتركة من عقار أو منقول أو دين من جهة الوارث الخارج أو تصرف لهم الوارث الخارج في حصته كجموع من المال ، فهؤلاء تسقط حقوقهم بموجب الأثر الكاشف على النحو الذى قلناه ، حتى لو كانوا قد سجلوا أو قيدوا عقود التصرفات الصادرة إليهم قبل التخارج .

## ١٤١ - الفرق بين الخارج كصالح والخارج كقسمة: ويختلف حكم

التخارج إذا كان صلحاً عن حقه إذا كان قسمة من وجهين :

( الوجه الأول ) في الضمان : ففي الصلح لا يضمن الوارث الخارج حتى صفته كوارث ، إذ هو يدهى الوراثة ويتنازه الورثة في ذلك ، ثم يتصالحون

(١) أما كيف يوزع باقى التركة على بقية الورثة ، وكيف تبين سهام كل وارث بما فيهم الوارث الخارج ، ثم تسقط سهام هذا الوارث في نظير ما تخارج عليه وينضم الباقي من التركة على السهام الباقية ، فانظر في كل ذلك الأستاذ محمد أبوزهرة في أحكام التركات والموارث ص ٢٦٦ وما بعدها ، وليس هنا موضع بحثها .

(٢) لكن إذا دفع مدين لتركة الوارث الخارج شيئاً من الدين الذى عليه كان هذا الدفع ميراثاً للتركة إذا كان بحسن نية ، لأنه يكون قد دفع الدائن الظاهر ( يوصى وسينفذقرة ٩١٣) . أما إذا أعلن التخارج للمدين ، فلا يمد دفعه للوارث الخارج ميراثاً للتركة .



على التخارج . فالتخارج هنا صلح لحسم النزاع ، فلا يجوز أن يتجدد النزاع بعد ذلك . أما في القسمة ، فالوارث الخارج يضمن صفته كوارث على النحو الذي يبناه في بيع التركة . ويضمن الوارث الخارج أعماله الشخصية ، سواء كان التخارج صلحاً أو قسمة .

( الوجه الثاني ) في الغبن : ففي الصلح لا يرجع الوارث الخارج بدعوى الغبن على الورثة بدعوى أن المقابل الذي أخذه من مال التركة قليل ، فإن التخارج صلح ولا يستحق الوارث الخارج إلا هذا المقابل قل أو كثر (١) . أما القسمة ، فيجوز نقضها إذا لحق أحد المتقاسمين غبن يزيد على الخمس (٢) ، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة التركة وقت القسمة . فإذا أخذ الخارج أو غيره من الورثة ما لا أقل من قيمة حصته بما يزيد على الخمس ، كان له نقض القسمة ، ولبقية الورثة منع نقض القسمة بأكمال الحصة الناقصة ، ويجب رفع دعوى نقض القسمة في خلال السنة التالية لوقوع التخارج ( م ٨٤٥ مدني ) .

### المطلب الثالث

#### صلاحية المبيع للتعامل فيه

#### ١٤٢ - متى يكون الشيء صالحاً للتعامل فيه : يكون الشيء صالحاً

للتعامل فيه فيصح أن يكون عملاً للبيع ، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي خصص له لا يأتى ذلك ، وكان التعامل فيه مشروعاً أو غير ممنوع لا ينص في القانون ولا مخالفته للنظام العام أو الآداب . وقد نصت المادة ٨١ مدني على أن

---

(١) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٤٦ - ٢١ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٠ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦١ - الأستاذ محمد كامل مرمي فترة ٢٥٠ ص ٤٧٥ .

(٢) انظر أيضاً في جواز إبطال التخارج للفظ أو للتدليس أو الإكراه ، قسمة كان أو صلحاً : استئناف مختلط ١١ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٠ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦١ (وما الحكمان السابقين الإشارة إليهما) .

١٥ - كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصبح أن يكون محلاً لحقوق الملكية . ٢ - والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجز القانون أن تكون محلاً لحقوق الملكية . ونصت المادة ١٣٥ مدني على أنه « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً » . ويمكن أن نستخلص من هذه النصوص أن الشيء لا يكون صالحاً للتعامل فيه ، فلا يصبح أن يكون محلاً للبيع ، إذا أبت طبيعته ذلك أو كان التعامل فيه غير مشروع .

#### ١٥ - عدم الصلاحية للتعامل راجع إلى طبيعة الشيء

١٤٣ - التوسع في فهم معنى طبيعة الشيء : يجب أن نتوسع في فهم معنى « طبيعة الشيء » . فقد يكون عدم الصلاحية للتعامل راجعاً إلى طبيعة الشيء المادية ، أو لأن الشيء متصل بالشخص بحكم طبيعته القانونية أو الاتفاقية ، أو بالنظر إلى الفرض الذي غصص له الشيء .

#### ١٤٤ - حرمة التصرف للتعامل راجع لطبيعة الشيء المادية :

فالشيء لا يصلح للبيع إذا كان بحكم طبيعته المادية يستعصى حل التعامل فيه . وقد قلنا في الجزء الأول من الوسيط (١) أن الشيء لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً لتعاقد ، كالشمس والهواء والبحر . فإذا أصبح التعامل ممكناً في بعض التواحي جاز ، فأشعة الشمس يحصرها « القوتوراف » ، والهواء يستملكه الكباشي ، والبحر يؤخذ من مائه ما يصح أن يكون محلاً للامتلاك . أما إذا كان الشيء يمكن التعامل فيه ولكن لا ماله له ، فهو مال مباح ، كالطير في الهواء والسماك في البحر ، وعملك من يستولى عليه وعندئذ يستطيع أن يتعامل فيه .

(١) الوسيط جزء أول لفرة ٢٢٧ .

#### ١٤٥- حرمة التصرفية للتعامل رافع لاتصال الشيء بالشخص:

وقد لا يصلح الشيء للبيع لأنه متصل بشخص صاحبه بحكم طبيعته القانونية اتصالاً لا يمكن معه الفكك . مثل ذلك حق الاستعمال وحق السكنى ، فقد نصت المادة ٩٩٧ مدني على أنه « لا يجوز النزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي » .

وقد يكون اتصال الشيء بالشخص بحكم الاتفاقية ، بأن يقع اتفاق يجعل الشيء متصلاً بشخص صاحبه لا يجوز له التصرف فيه . فإذا تلقى شخص هبة أو وصية ، واشترط الواهب أو الموصي ألا يتصرف الموهوب له أو الموصى له في الشيء ، فقد جعل الشرط الشيء متصلاً بالشخص بحيث لا يجوز له النزول عنه إلى شخص آخر . ويكون هذا الشرط صحيحاً إذا كان مبنياً على باعث مشروع ، ومقصوداً على مدة معقولة . فقد نصت المادة ٨٢٣ مدني على أنه « ١ - إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوداً على مدة معقولة . ٢ - ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير . ٣ - والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو للغير » . ونصت المادة ٨٢٤ مدني على أنه « إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة ، فكل تصرف يخالف له يقع باطلاً (١) » .

#### ١٤٦- حرمة التصرفية للتعامل رافع للفرص التي تخص الشخص:

وقد قلنا في الجزء الأول من الوسيط (٢) أن الشيء قد يكون غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الفرص التي تخصه له . فالأمالك العامة لا يصح بيعها لأنها

---

(١) وتذاكر الأبواب ، وتذاكر الجباله المساح والملاهي ونحوها ، وعينات الأدوية التي ترسل للأطباء ، المفروض فيها اتفاق ضمنى على أنها شخصية لا يجوز لصاحبها أن يبيعها ( الأستاذ سليمان مرتضى لفرقة ٧٥ ) .  
(٢) الوسيط جزء أول لفرقة ٢٢٧ .

مخصصة لمنفعة عامة ، فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم ( م ٢/٨٧ ملق ) . والمال الموقوف يقتضى الغرض الذى خصص له عدم جواز التصرف فيه . وعدم الصلاحية للتعامل هنا نسبي ، فالملك العام والمال الموقوف إذا كانا لا يصلحان للتصرف فهما ، فهما يصلحان للإيجار . والمرجع فى هذا إلى الغرض الذى خصص الشيء له ، فكل تعامل يتنافى مع هذا الغرض لا يجوز ، أما التعامل الذى لا يتنافى معه فهو جائز .

## ٢٥ — عدم الصلاحية للتعامل راجع إلى عدم المشروعية

١٤٧ — المبدأ العام : قد يكون الشيء غير صالح للبيع لأن التعامل فيه غير مشروع . وقد قلنا فى الجزء الأول من الوسيط (١) أن عدم المشروعية يرجع إما إلى نص فى القانون أو إلى تنافى التعامل للنظام العام أو الآداب ، وأن نص القانون الذى يمنع من التعامل يكون مبنياً على اعتبارات ترجع هى أيضاً إلى النظام العام أو الآداب . ويكون الغرض من إيراد النص إما لتوضيح حكم غامض كما فى تحريم التعامل فى تركة مستقبلية ، وإما لتحديد حكم غير محدد كما فى تحديد الربا الفاحش ، وإما لتحريم تقتضيه ظروف البلد الخاصة كما فى تحريم بيع الوفاء وكما فى الاتجار فى الحشيش والخميرات ، وهو على كل حال دليل على عناية المشرع بالأمر فأثر أن يورد له نصاً . فيمكن القول إذن إن البيع يكون غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، سواء ورد نص فى القانون بتحريمه أو لم يرد ( م ١٣٥ ملق ) .

وقد عرفنا ماهو النظام العام وما هى الآداب (٢) ، فلا نعود إلى ذلك .

## ١٤٨ — تطبيقات مختلفة : ونكتي هنا بأن نشير إلى بعض أمثلة ليوع

تخالف النظام العام أو الآداب ، وقد سبق أن استعرضناها تفصيلاً (٣) . فلا

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧ ص ٢٩٨ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٨ .

(٣) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٩ - فقرة ٢٤١ .

يجوز لأحد النزول عن حرمة الشخصية ، ولا يجوز لناخب أن يبيع صوته لمرشح ، ولا يجوز لموظف عام أن يبيع وظيفته أو أن ينزل عنها لأحد ، ولا يجوز النزول عن الجنسية أو الاسم أو البتوة أو الأبوة أو الأهلية أو الولاية . ولا يجوز بيع بيت يدار للمهارة أو القمار ، أو شراء مفروشات له . ولا يجوز بيع الرتب والأوسمة والعملة الزائفة . ولا يجوز بيع الإنسان على أنه رقيق .

وكثيراً ما تنص القوانين واللوائح على عدم جواز بيع أشياء معينة أو على تقييد بيعها لا اعتبارات تتصل بالمصلحة العامة ، كالصحة والدفاع الوطني ، كما في بيع الحشيش والمخدرات والجواهر السامة والحيوانات الموبوءة والأسلحة (١) .

#### ١٤٩ - بيع التركة المستقبلة وبيع الحقوق المتنازع فيها لعمال

**القضاء - هامار :** وقد عرضنا لمسألتين من هذه المسائل بالتفصيل ، إحداهما في الجزء الأول من الوسيط (٢) وهي بيع التركة المستقبلية ، والأخرى في هذا الجزء الرابع (٣) وهي بيع الحقوق المتنازع فيها إلى عمال القضاء . فنقتصر هنا على الإحالة إلى ما قدمناه في هذا الشأن .

#### ١٥٠ - بيع المعمور : بقى أن نبحث صورة أخيرة من صور البيع غير

المشروع في حاجة إلى شيء من البيان ، وهي صورة بيع العملاء (clientèle) . فللشخص في حرفته أو في تجارته أو في مهته الحرة عملاء ألفوا التعامل معه ، فهل يجوز له أن ينزل عن هؤلاء العملاء لغيره من أصحاب حرفته أو تجارته أو مهنته ، فيكون هذا النزول إذا كان بمقابل بمثابة بيع للعملاء ؟

(١) انظر في هذه المسألة الأستاذين أحمد نجيب الملal وحامد زكي ص ١٣٤ - ص ١٣٦ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٩ - فقرة ١٥٠ - الأستاذ محمد كامل مرمي ص ١٢٤ - ص ١٢٥ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢١٧ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٠٩ - فقرة ١١٢ .

لا يوجد نص تشريعى فى هذه المسألة ، إلا النص الوارد فى القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها . فقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه « يجب أن يحدد فى عقد البيع ثمن مقومات المحل التجارى غير المادية والمهمات والبضائع كل منها على حدة » . ومقومات المحل التجارى غير المادية - كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون - هى عنوان المحل ( enseigne ) ، واسمه التجارى ( nom commercial ) ، والحق فى اجارة المحل ( droit au bail ) ، والاتصال بالعملاء ( clientèle ) ، والسمعة التجارية ( achalandage ) ، والرخص وبراءات الاختراع والعلامات التجارية ( propriété industrielle ) . وزى من ذلك أن الاتصال بالعملاء يدخل فى مقومات المحل التجارى ، ويكون أحد عناصره التى تدخل فى البيع . ولكن يلاحظ أن صاحب المحل التجارى لا يبيع حق الاتصال بالعملاء على سبيل الاستقلال ، بل تبعا للمحل التجارى ذاته . أما بيع حق الاتصال بالعملاء على سبيل الاستقلال فلا يجوز ، وان جاز أن يتعهد بائع المحل التجارى استقلالا ألا ينافس المشتري فى هؤلاء العملاء وألا يفتح متجرا فى مكان يكون من شأنه جذب هؤلاء العملاء إليه ، وذلك بالقدر الضرورى لحياة المتجر المبيع .

وكذلك بيع عملاء الحرفة كعملاء النجار والحديد والخراط والمقاول ، وعملاء المهنة الحرة كعملاء الطبيب والمحامى والمهنتس والمحاسب ، على سبيل الاستقلال ، لا يجوز . ولكن ، قياسا على بيع عملاء المتجر ، يجوز بيع عملاء الحرفة وعملاء المهنة الحرة تبعا لبيع محل الحرفة ذاته أو المكان الذى تباشر فيه المهنة الحرة . فيجوز للطبيب مثلا أن يبيع عيادته بما فيها من أجهزة ومهمات وأدوات ، وبما تشتمل عليه من حق فى إجارة المكان ، وبمن يتصل بها من العملاء . والمحامى أو المهنتس أن يبيع مكتبه على هذا النحو . بل إن مجرد بيع المتجر أو العيادة أو المكتب يفترض فيه أن حق الاتصال بالعملاء يدخل عنصرأ فى البيع .

وقد تردد القضاء الفرنسى فى الأخذ بذلك ، وكان قبلا يميز بين المتاجر والمهن الحرة ، على أساس أن عملاء المهن الحرة - كعملاء الطبيب والمحامى والمهنتس - إنما يختارون من يعاملونه على مقتضى اعتبارات تقوم على الثقة

الشخصية ، فلا يجوز أن يشملهم بيع العيادة أو المكتب (١) . ولكن هذا القضاء استقر أخيراً على عدم التمييز بين المتاجر والمهنة الحرة ، فإن الثقة الشخصية تقوم في الحالتين ما بين العملاء ومن يعاملونه . على أن الطبيب أو المحامي إذا أدخل العملاء محل اعتبار في بيع عيادته أو مكتبه ، فإنه لا يبيع هؤلاء العملاء ويتصرف فيهم كما يتصرف في السلع والمهمات . ولكنه يدخلهم في حساب قيمة العيادة أو المكتب ، فكثرهم أو قلهم والاحتمال في أن كثيراً أو قليلاً منهم يبقون عملاء للعيادة أو المكتب بعد بيعه ، كل هذا من شأنه أن يزيد أو ينقص من قيمة المبيع . والطبيب أو المحامي إنما يقدم في الواقع من الأمر خلفه هؤلاء العملاء ويوصيهم بالتعامل معه ، ويتعهد من جانبه ألا ينافس هذا الخلف منافسة غير مشروعة بأن يمتنع عن فتح عيادة أو مكتب جديد يجذب إليه فيه هؤلاء العملاء . وليس في شيء من هذا - تقديم الخلف للعملاء والتعهد بعدم المنافسة - أمر غير مشروع (٢) .

ويخلص مما قدمناه أن بيع العملاء على سبيل الاستقلال لا يجوز (٣) ، والجائز أن يخل حق الاتصال بالعملاء عنصراً ثابتاً من عناصر المتجر أو العيادة أو المكتب عند بيعه (٤) .

- (١) انظر أحكام القضاء الفرنسي في بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣١ ص ١٢٣ هامش رقم ٣ .
- (٢) نقض فرنسي ١٣ مايو سنة ١٨٦١ دالورز ٦١ - ١ - ٣٢٦ . وانظر أحكاماً أخرى في بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٤٢٤ هامش رقم ١ - وانظر ملاحظتيه Savatier في انتقال عملاء المهنة الحرة سنة ١٩٢٣ - روبيه Roubier في الحقوق المنوية والحقوق المتعلقة بالعملاء في المجلة الفصلية لقانون المدني سنة ١٩٢٩ ص ٢٥١ - وقد قضت محكمة الاستئناف المخطئة بأن البالغ يعتبر أنه قد وفى بتعهده إذا هو قام بإعلان التنازل إلى عملائه ، ولا يحكم عليه بتعويض إذا رفض العملاء ساملة المشتري ، هذا ما لم يتعهد البالغ بضمان استثمارهم في معاملته . وإذا انتزع أن سبب انقطاع العملاء عن الثراء من الحل هو زيادة الأمان عليهم ، فلا مسئولية على البالغ ( ٢٦ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٩١ ) . وقضت أيضاً بأنه لا يجوز البالغ انتزاع لعملاء من المشتري بمنافسة غير مشروعة ( ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٢ ) .
- (٣) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣٥٨ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٣ - أنسيكلوبي دالورز ه لفظ vente فقرة ٣١٢ - فقرة ٣٢٠ - وقارن بودري وسينيا فقرة ١٠٣ .
- (٤) بودري وسينيا فقرة ١٠٣ - فقرة ١٠٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٣ - فقرة ٣٢٤ ( سواء صدر البيع من صاحب المتجر أو العيادة أو المكتب أو صدر من ورثته )

## المطلب الرابع

### ملكية البائع للشيء المبيع

١٥١ - يجب أنه بكونه الشيء المبيع مملوكاً للبائع : لما كان البائع ينقل ملكية المبيع إلى المشتري ، فقد وجب أن يكون مالكا له حتى ينقل ملكيته ، لأنه إذا لم يكن مالكا لم يستطع نقل الملكية ، وفاقد الشيء لا يعطيه (١) .

ولا يمنع البائع من أن يكون مالكا للشيء أن يكون قبل البيع قد أجره أو رهنه ، فبيع الشيء المزجر والشيء الموهون جائز ، وإنما ينقل الشيء إلى المشتري وينتقل معه حق المستأجر أو حق الدائن المرتهن .

أما إذا صدر البيع من غير المالك ، فهذا هو بيع ملك الغير ، وهو بيع قابل للإبطال . وقد يكون البائع مالكا ولكن يخالط ملكيته حق الشركاء وذلك في بيع المال الشائع ، أو حق الورثة وذلك في بيع المريض مرض الموت ، أو حق الدائنين وذلك في بيع الوارث لعين في التركة قبل سداد ديونها وفي بيع المحجور عليه والمعسر ، أو حق الدولة وذلك في بيع الأراضي الزراعية وفقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعي .

فنبحث إذن : (١) بيع ملك الغير (٢) بيع المال الشائع (٣) بيع المريض مرض الموت (٤) بيع الوارث لعين التركة قبل سداد ديونها (٥) بيع المحجور عليه والمعسر (٦) بيع الأراضي الزراعية في قانون الإصلاح الزراعي .

---

== بلانويول وريير وپولانيه ٢ فقرة ٢٢٥٨ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٦٣ - وانظر في الفقه المصري : الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٢٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٧٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٢ - الأستاذ جميل الشرفاوى فقرة ٢٩ - في الفقه العراقي : الأستاذ حسن الزنون فقرة ١٠٩ - الأستاذ هياس حسن الصراف فقرة ٣٣٧ - فقرة ٢٤٣ . (١) ويتفرض هل ذلك أنه إذا تبين أن المشتري كان يملك المبيع قبل أن يشتريه ثم اشتراه ، فشرائه باطل لأنه لا يستطيع أن يشتري ملكه . وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأنه إذا حكم بملكية شخص لعين متنازع عليها ، وكان المحكوم له قد اشتري هذه العين من المحكوم ضده ، فالبيع باطل لوقوعه على عين هي ملك للمشتري ( ٤ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة للجمعية ٢٥ رقم ١/١٥ ص ١٩ ) .



## § ١ - بيع ملك الغير

(La vente de la chose d'autrui)

١٥٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٦٦ من اللتقين المدني على

ما يأتي :

١ - إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل .

٢ - وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد .

وتنص المادة ٤٦٧ على ما يأتي :

١ - إذا أقر المالك البيع ، سرى العقد في حقه ، وانقلب صحيحاً في حق المشتري .

٢ - وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد .

وتنص المادة ٤٦٨ على ما يأتي :

وإذا حكم للمشتري بإبطال البيع ، وكان مجهول أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (١).

### (١) تاريخ النصوص :

م ٤٦٦ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٢ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في اللتقين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية طفيفة . وأقرته لجنة المراجعة بعد إزالة هذه الفروق ، وأصبحت المادة رقمها ١٩٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٦ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ) ص ١٨٢ - ص ١٨٤ و ص ١٨٦ - ص ١٨٨ ) .

م ٤٦٧ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٢٦٤/٣٣٣ و ٢٦٥/٣٣٤ و ٣٣٥ مختلط (١).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٤٣٤ - ٤٣٦ - وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤٥٥ - ٤٥٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ١٣٥ - ١٣٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٨٥ (٢).

== عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٩٤ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٧ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٠ - ص ١٩١ ) .

م ٤٦٨ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٤ من المشروع انتهى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٩٥ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٨ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٢ و ص ١٩٤ ) .

(١) التقنين المدني السابق م ٢٢٣/٢٦٤ : يبيع الشيء المبيع الذي لا يملكه البائع باطل ، إنما يصح إذا أجاز له المالك الحقيقي .

م ٢٢٤/٢٦٥ : إذا باع أحد شيئاً على أنه مملوك له ، ثم تبين بعد انعقاد البيع عدم ملكيته لمبيع ، جاز للمشتري أن يطلب منه تعويضات إذا كان متقيداً وقت البيع صحة ملكية البائع .

م ٢٣٥ مختلط : إذا تمهد غير المالك بنقل ملكية شيء معين والانتفاع به لآخر بغير معين ، يحكم في التمهد بالتطبيق لقواعد العامة المقررة للتمهيدات الاتفاقية .

( والأحكام واحدة في التقنينين السابق والجديد ، غير أن نصوص التقنين الجديد أكثر إحاطة ، على أن نصوص التقنين السابق هي بفورها أكثر وضوحاً من نصوص التقنين المدني الفرنسي المختصة في هذه المسألة . ولم ينقل التقنين المدني الجديد المادة ٢٣٥ مختلط لأنها مجرد تطبيق لقواعد العامة ، وقد أغفلها التقنين الوطني من قبل : المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣ - ص ١٩٤ ) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٣٤ - ٤٣٦ ( مطابقة لمراد ٤٦٦ - ٤٦٨ من التقنين المدني المصري ، وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٣٥٤ - فقرة ٢٧٧ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٥٧ - ٤٥٥ ( مطابقة لمراد ٤٦٦ - ٤٦٨ من التقنين المدني المصري ) .

التقنين المدني العراقي م ١٣٥ : ١ - من تصرف في ملك غيره بدون إذنه ، انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك . ٢ - فإذا أجاز المالك تصرف الإجازة توكيلاً ، وبطال الفضول ==

## ١٥٣- تحرير منطقة بيع ملك الغير : ويخلص من النصوص المتقدمة أن بيع شخص لشيء معين بالذات وهو لا يملكه - وهذا ما يسمى ببيع ملك

== بالبدل إن كان قد قبضه من المالك الآخر . ٣ - وإذا لم يميز المالك تصرف الفضول ، بطل التصرف ، وإذا كان المالك الآخر قد أدى للفضول البدل فله الرجوع عليه به . فإن ملك البدل في يد الفضول بدون تعد منه ، وكان المالك الآخر قد أداء حائلاً أنه فضول ، فلا يرجع له بشيء منه . ٤ - وإذا سلم الفضول للعين المفقود عليها لم تعاقبه معه ، فبطلت في يده بدون تعد منه ، فلصالحه أن يقضى قيمتها أيهما شاء . فإذا اختار تقسيم أحدهما سقط حقه في تقسيم الآخر .

م ١٣٦ : ١ - إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة ، وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد . ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ، ولا يشترط قيام المالكين أو المالك الأصل أو المفقود عليه وقت الإجازة . ٢ - ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو التفضيل خلال ثلاثة أشهر ، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر نافذاً . ٣ - ويبدأ سريان المدة . . وإذا كان يجب التوقف انعدام الولاية على المفقود عليه ، ففي اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد .

( والتفتين المدعى التراقي سار في هذه المسألة حل لقواعد الفقه الإسلامي : فيبيع الفضول - أي بيع ملك الغير - موقوف على إجازة المالك . وقد نقل التفتين التراقي أحكام العقد الموقوف في الفقه الإسلامي بعد إدخال تعديلات هامة جعلت هذه القواعد أكثر مسارية لقواعد الفقه العربي الحديث . ويختلف في ذلك عن التفتين المصري ، ففي هذا التفتين الأخير بيع ملك الغير قابل للإبطال . وقد ساعد التفتين التراقي على الأخذ بهذه الأحكام ، التي تفصل من بعض الجور أحكام لمطعين المصري وبخاصة فيما يتعلق بأن العقد موقوف لا قابل للإبطال ، أن التفتين التراقي قد أخذ بنظرية البطلان كما هي في الفقه الإسلامي لا في الفقه العربي الحديث ، وهي نظرية تفصل لفقه الغربي : أنظر في ذلك مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف الجزء الرابع في نظرية البطلان - وأنظر في بيع الفضول في القانون المدني التراقي الأستاذ عباس حسن المرافقة ٦٤٢ - فقرة ٦٤٨ ، وأنظر بوجه خاص فقرة ٦٤٧ حيث يفتقه الأستاذ المرافقة نقل المشرع التراقي لنظرية الفقه الإسلامي في بيع الفضول ، وهذا بالرغم من أن هذه النظرية تفصل نظرية الفقه العربي كما سبق القول ) .

تفتين المراجبات والمفقود الثاني م ٣٨٥ : بيع مال الغير باطل إلا في الأحوال الآتية : أولاً - إذا كان البيع معيناً بمجسده أو بخرجه فقط . ثانياً - إذا أجاز المالك . ثالثاً - إذا اكتسب فيما بعد حق الملكية على المبيع . أما إذا أجاز المالك أن يميز المبيع ، فالبائع يقضى بدل البطل والضرر المشتري إذا كان مالاً بأنه لا يملك المبيع وكان المشتري يجهل ذلك . ولا يجوز للبائع أن يدعي بطلان العقد بحجة أن البيع انعقد على ملك الغير . كل ذلك مع الاحتفاظ بتطبيق أحكام القرار رقم ١٨٨ الصادر من المفوض السامي بتاريخ ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ . ( وهذه الأحكام في مجملها تتفق مع أحكام التفتين المصري ، فيما عدا أن التفتين اللبناني لا يجعل المشتري الحق في التمسك إلا إذا كان حسن النية وكان البائع في الوقت ذاته سيئ النية ، أما التفتين المصري فيشترط حسن نية المشتري دون سوء نية البائع ) .

الغير - عقد قابل للإبطال لمصلحة المشتري. وقيل أن تؤصل هذا البطلان ونين أحكام البيع على هذا الوجه ، نجدد أولا المنطقة التي ينحصر فيها بيع ملك الغير.

١٥٤- ما يخرج من منطقة بيع ملك الغير : فيبيع ملك الغير لا بد أن يكون بيعاً لعين معينة بالذات ليست مملوكة للبائع . فيخرج إذن من منطقة بيع الغير العقود الآتية :

أولاً - بيع الشيء غير المعين بالذات وبيع الشيء المستقبل : فإذا باع شخص مائة أردب من القمح ، وكذلك إذا باع شخص شيئاً لم يوجد بعد ولكنه سيوجد في المستقبل ، لم يكن هذا بيعاً لملك الغير ، ولو أن البائع وقت أن باع لم يكن مالكا للمبيع . ذلك أن المبيع لم يعين بذاته ، فلا يمكن أن يقال إن البائع مالك له أو غير مالك ، ولا يقال ذلك إلا عندما يتعين بالذات . أما في هذه المرحلة ، والمبيع لم يتعين بالذات ، فإن البائع يقتصر على الالتزام بنقل ملكية المبيع وهو قابل للتعيين . وعلى البائع تعيينه إذا كان موجوداً ، أو إنجاده إذا كان لم يوجد ، ثم ينقل ملكيته للمشتري (١) .

ثانياً - تعهد الشخص عن مالك الشيء بأن المالك يبيع الشيء لشخص آخر : فهذا ليس بيع ملك الغير لأن التعاقد لا يبيع ملك غيره ، وإنما هو تعهد عن المالك في أن يبيع ، فيكون تعهداً عن الغير (٢) . وقد بسطنا أحكام هذا الضرب من التعاقد في الجزء الأول من الوسيط .

ثالثاً - بيع الشيء المعين بالذات غير المملوك للبائع إذا علق البائع البيع على شرط أن يملك المبيع (٣) : فالبايع هنا لم يلتزم بنقل ملكية المبيع التزاماً باتاً ، بل

---

(١) استئناف مخطط ١٠ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ م ١٦٩ - ٣٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ م ٢٤٩ (يتمهد بأن ينقل المشتري ملكية شيء غير مملوك له من طريق الاتفاق مع المالك بأية كيفية) - أوبري ورو ٥ بقرة ٣٥١ ص ٤٢ - بودري وسينيا بقرة ١١٦ ص ١٠٥ - ١٠٦ - جوران ٢ بقرة ١٠٤٣ - الأستاذ عبد اللطيف البدراني ص ٥٧٥ .  
(٢) استئناف مخطط ٧ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢ م ٣١٣ - بودري وسينيا بقرة ١٢٢ .  
(٣) أو على شرط أن تظهر ملكيته بعد فحص مستناته (استئناف مخطط ١٨ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩) .

علق التزامه على شرط واقف هو أن يملك المبيع . وليس هذا بيع ملك الغير ، فالبايع والمشتري متفقان على أن البيع ليس ببات ، بل هو معلق على شرط . فإذا تحقق هذا الشرط ، وأصبح البائع مالكا للمبيع ، انتقلت الملكية إلى المشتري وإذا لم يتحقق الشرط سقط البيع (١) .

رابعا - بيع الشيء المعين بالذات المملوك للبائع تحت شرط : فهنا البائع لم يبيع ملك غيره ، بل باع ملك نفسه وإن كان هذا الملك غير بات . فهو إما ملك معلق على شرط واقف فيتوقف وجوده على تحقق الشرط ، وإما ملك معلق على شرط فاسخ فيزول إذا تحقق الشرط . وفي كلتا الحالتين ينتقل الملك بوصفه إلى المشتري ، فيكون هذا مالكا للمبيع تحت شرط واقف أو تحت شرط فاسخ ،

(١) فإذا باع شخص شيئا ، وجعل البيع موقوفاً على شرط أن يرسو عليه مزاد هذا الشيء منه يبيعه بالمزاد ، فإنه إذا رسا المزاد على البائع انتقلت الملكية إلى المشتري ، وإلا سقط البيع ( استئناف غلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٨٩ ) .

وقد يتفق المتعاقدان ، لا على بيع معلق على شرط أن يملك البائع المبيع ، بل على بيع احتيالي . فالبيع في هذه الحالة يكون مجرد احتيالي ، قد يتحقق بأن يملك البائع المبيع فتنتقل ملكيته للمشتري ، وقد لا يتحقق فلا يملك البائع المبيع ولا ينتقل شيء إلى المشتري . ويرى ذلك بطبيعة الحال في تحديد الثمن ، فيكون الثمن متخففاً حتى يتقابل احتيالي عدم تملك البائع للمبيع .

وقد يتفق المتعاقدان ، لا على بيع معلق على شرط ، بل على أن يسل أحدهما على أن يكسب ملكية شيء معين بالذات فينتقلها للآخر ( أنظر ٣٣٥ غلط ) . وهنا أيضاً ليس المقصد بيعاً للملك الغير ، بل هو ليس بيعاً أصلاً ، لأن المتعاقد لم يلتزم بنقل ملكية ، بل لقرم أن يقوم بملك هو كسب الملكية . فإذا ما كسبها ، تل ذلك مقصد بيع ينتقل هذه الملكية للمشتري . وإذا لم يكتسبها ، كان مشغولاً عن التصرف . وتختلف هذه الصورة عن صورة التمتع من الغير في أن المتعهد من الغير يلتزم بأن يجعل المتعاقد معه يكسب الملكية من الغير رأساً ، فلا تنتقل إليه أولاً ثم ينتقلها هو إلى المشتري ( أوبري دور ٥ فقرة ٥١٦ ص ٤٢ - بلايير وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص ٤٨ - كرلان وكايتان ٢ فقرة ٨٦٥ - جوسران ٢ فقرة ١٠٤٢ ص ٤٥٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٠ ص ٣٨٧ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٣ ) . وتختلف عن صورة بيع الشيء غير المعين بالذات بأن المتعاقد هنا يتعهد بكسب ملكية شيء معين بالذات ثم ينتقلها إلى المتعاقد الآخر : أما في بيع الشيء غير المعين بالذات فالبايع يتعهد بنقل ملكية شيء معين بالذات .

ولا يصح بيعاً للملك الغير الوعد بالبائع الصادر من غير المالك . بل يصح الوعد في هذه الحالة ، فإذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء ، وكان الواعد قد أصبح مالكا للشيء ، تم البيع . وإذا لم يكن الواعد قد أصبح مالكا للشيء وقت ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، انقلب الوعد بالبائع بيعاً للملك الغير . كان قابلاً للإبطال ( الأستاذ عبد المنعم اليملاوي فقرة ٣٩٠ ص ٥٧٣ ) .

( ١٨٣ - الوسيط ج ٤ )

فاذا تحقق الشرط الواقف أو لم يتحقق الشرط الفاسخ أصبحت ملكية المشتري بآته (١) . وتختلف هذه الصورة عن الصورة السابقة في أن البيع هنا بات وملكه المبيع هي المعلقة على شرط ، أما في الصورة السابقة فالبيع هو المعلق على شرط وملكه المبيع بآته .

خامساً - بيع الشيء الشائع : فهنا يبيع الشخص شيئاً يملكه على الشيوع مع شركاء آخرين ، فلا يظهر في البداية أنه يبيع ملك غيره . ولكن يتوقف الأمر على نتيجة القسمة ، فان وقع هذا الشيء كله في حصة البائع اعتبر أنه قد باع ملكه ، وإن لم يقع في حصته اعتبر بالملك الغير .

سادساً - بيع الوارث الظاهر : وهذا إذا كان في حقيقته يبيعاً لملك الغير لأن الوارث الظاهر لا يملك المبيع ، إلا أن هناك اعتبارات ترجع إلى الاستقرار الواجب للتعامل تجعل بيع الوارث الظاهر صحيحاً نافذاً في حق الوارث الحقيقي . ومن ثم يملك المشتري المبيع ، فلا يعود في حاجة إلى الحماية التي أولاهها القانون للمشتري في بيع ملك الغير (٢) .

---

(١) أما إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ ، فقد أصبح المشتري غير مالك ، وليس له الرجوع على البائع إذا كان البيع احتالياً ( بودرى وسيبيا فقرة ١٢٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٠ ص ٣٨٦ - الأستاذ عبد المنعم البدر فقرة ٣٨٩ - قارن الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ١٧٨ ) .

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٣ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٣٢٠ . ونظير ذلك المشتري في بيع ملك إذا ملك المبيع بالخيازة أو بالتمتع أو بالتقادم في المنقول والمقار ، أو إذا أصبح البائع مالكاً للمبيع ، أو أجاز المالك الحقيقي البيع ، فننقل في جميع هذه الأحوال للملكية إلى المشتري ( أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٣ - بودرى وسيبيا فقرة ١٢٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص ٤٨ ) .

على أن المشتري في بيع ملك الغير ، إذا كسب ملكية المبيع بالخيازة في المنقول أو بالتقادم في المنقول والمقار ، يكون قد كسبها بالخيازة أو بالتقادم ، لا بالبائع الصادر من غير المالك . ويذهب رأى إلى أن المشتري في هذه الحالة لا يلزم بالتسك بوضع اليد ، لأن التسك بهذا الدفع قد لا يقره صغيره ( بيدان ١١ فقرة ١٢٣ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ١٨٠ ص ١٧٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١١١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥١ ) .

وإذا كسب المشتري في بيع ملك الغير ملكية المبيع من طريق آخر غير هذا البيع ، كان اشتري المبيع من المالك الحقيقي أو ورثه منه أو أخذه وصية منه ، فإن بيع ملك الغير لا يتقلب صحيحاً في هذه الحالة ، بل يبقى قابلاً للإبطال ويكون للمشتري الحق في طلب إبطاله ( الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٥ ) .

فيبقى بعد كل ذلك ، في منطقة بيع ملك الغير ، بيع الشخص لعين معينة بالذات غير مملوكة له إذا قصد بالبيع نقل الملكية في الحال (١) . ويستوى أن يكون البائع عالماً بأنه لا يملك المبيع أو يعتقد أنه يملكه ، كما يستوى أن يكون البيع مساومة أو بيعاً قضائياً ، ويستوى في البيع القضاء أن يكون بيعاً جبرياً أو بيعاً اختيارياً (٢) .

وبيع ملك الغير ، على هذا التحديد ، يقع كثيراً في العمل . فالأب قد يبيع ملك ولده ، لا باعتباره نائباً عنه ، بل باعتباره أصيلاً عن نفسه . والزوج قد يبيع ملك زوجته (٣) . والوارث قد يبيع عيناً ليست في التركة ، أو في التركة ولكنها لم تقع في حصته . والشريك في الشروع قد يبيع كل العين الشائعة وهو لا يملك الا حصته فيها . وواضح اليد على ملك غيره قد يبيع هذا الملك . وكثيراً ما يبيع الناس أموال الغائبين أو أموال الدولة الخاصة . فهذه كلها تعتبر بيعواً لملك الغير (٤) .

وبيع ملك الغير قابل للإبطال كما قدمنا . فتوصل هذا البطلان ، ثم نرين أحكام البيع ذاته .

(١) المذكرة الايضاحية لبشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣ - ويتقدم البائع عادة في بيع ملك الغير بغيث البيع إلى نفسه . فإن أضافه إلى الملك الحقيقي وكان نائباً عنه ، فإن البيع يعتبر صادراً من المالك الحقيقي وفقاً لقواعده المقررة في النيابة . أما إذا لم يكن نائباً عنه ، فإن البيع في هذه الحالة يكون بيع ملك الغير . ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن من المقرر شرعاً أن من يبيع ملك غيره على أنه ملك لنفسه فيبيع باطل ، ولا تلحقه الإجازة لعدم انتقاده أصلاً . إنما يشهد موقوفاً على إجازة مالكه إذا باعه على أنه ملك لغيره . وولاية الأب على ولده الصغير وإن كانت تخول له حق بيع عقار ناصره ، إلا أنها لا تخرجه من القاعدة العامة السابق ذكرها ، ويجب لانقضاء هذا البيع أن يقرر الولد أنه ملك ابنته (٢٢ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٤٤) .

(٢) بودري وسيينا فترة ١٢٦ - بلانيول وريير وهامل ١٠ فترة ٤٦ ص ٤٩ - أنسيكليدي دالوز ه لفظ *vento* فترة ٣٦٥ .

(٣) استئناف مخطط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م ٣١ ص ٣٧٠ .

(٤) بلانيول وريير وهامل ١٠ فترة ٤٦ ص ٤٧ - بلانيول وريير وبولانيه ٢ فترة ٢٢١٦ - جوران ٢ فترة ١٠٤٨ - أنسيكليدي دالوز ه لفظ *vento* فترة ٣٦٧ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فترة ١٥٧ ص ١٥٢ - الأستاذ سليمان مرقس فترة ٢٦٥ ص ٤٤٥ .

## ١ - تأصيل البطلان في بيع ملك الغير

١٥٥ - **الفطريات التفسيرية** : تنص المادة ١٥٩٩ من التقنين المدني الفرنسي بأن بيع ملك الغير باطل ، وبأن للمشتري الحق في التعويض اذا كان يجهل أن المبيع ليس مملوكاً للبائع . وقد نصارت الآراء في الفقه الفرنسي في تأصيل بطلان بيع ملك الغير ، إذ أن النص المتقدم لا يخلو من الغموض .

فهناك رأى يذهب إلى أن هذا البيع إنما هو قابل للفسخ وليس باطلا ، وترجع قابلية الفسخ إلى أن البائع لم يتم بالتزامه من نقل ملكية المبيع إلى المشتري ، فللمشتري أن يطلب فسخ البيع (١) . وعيب هذا الرأى واضح ، إذ هو يتعارض تعارضاً صريحاً مع نص التقنين الفرنسي ومع نص التقنين المصري أيضاً ، فالنص في التقنين على البطلان والبطلان شيء غير الفسخ . هذا إلى أنه لو كان بيع ملك الغير جزاءه الفسخ فحسب ، لكان للقاضي سلطة تقديرية في إجابة المشتري إليه ، ولما استطاع أن يقضى به لو تمكن البائع من نقل الملكية إلى المشتري بعد رفع الدعوى (٢) .

وهناك رأى ثان يذهب إلى أن البيع باطل بطلاناً مطلقاً (٣) ، إما لانعدام السبب إذ التزام المشتري لا يقابله شيء ما دام البائع لا يستطيع أن ينقل إليه الملكية ، وإما لاستحالة اهل استحالة مطلقة فالبايع وهو غير مالك لا يستطيع أن ينقل الملك

---

(١) كولييه دي سانتير ٧ فقرة ٢٨ مكررة . بفنوار في الملكية والعقد سنة ١٩٢٤ ص ٥١٦ - جوجين في النظرية العامة للالتزامات باريس سنة ١٩٢٧ ص ١٠٧ - ص ١٠٨ - الأستاذ جيل الشراقي رسالة في نظرية البطلان فقرة ١٠٣ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٦ (ويقول بهذا الرأى حتى في عهد التقنين المدني المصري الجديد ، البيع فقرة ٤١ ص ١٠٢) . وقد جعل التقنين المدني الابطال الجديد الصادر في سنة ١٩٤٢ (١٤٧٩ م) بيع ملك الغير قابلاً للفسخ حتى لو كان المشتري يجهل أن البائع غير مالك .

ويذهب الأستاذان كولان وكايجان (٢ فقرة ٨٦٩) إلى أن التقنين المدني الفرنسي جعل الجزاء البطلان لا الفسخ ولكن الفسخ كان أوفق .

(٢) بودوي وسيينا فقرة ١١٧ ص ١٠٧ - ص ١٠٨ .

(٣) أوبري وودو ٥ فقرة ٣٨١ هلمش رقم ٤٣ - استئناف ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ م ٢٧٦ - بيدان ١١ فقرة ١٠٤ - استئناف مخطوط ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ م ٢٧٦ .



إلى المشتري . وعيب هذا الرأي أنه يتعارض هو أيضاً معارضة صريحة مع الآثار الكثيرة التي ينتجها بيع ملك الغير وسفصلها فيما يلي ، ولو كان هذا البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً لا أنتج أثراً . هذا إلى أن البائع يستطيع أن يلتزم بنقل ملكية شيء غير مملوك له ثم يحصل على ملكيته فينفذ التزامه ، فالسبب إذن غير معلوم ، والمحل غير مستحيل استحالة مطلقة ، وإذا لم يتم البائع بتنفيذ التزامه ولم ينقل ملكية المبيع إلى المشتري فالجزء إنما هو الفسخ لا البطلان المطلق (١) .

وهناك رأي ثالث ينحسب إلى أن بيع ملك الغير باطل بطلاناً نسبياً، إما لغلط في شخص البائع فقد توهم المشتري أنه مالك للمبيع، وإما لغلط في المبيع فقد توهم المشتري أنه مملوك للبائع (٢) . وعيب هذا الرأي واضح ، فهو يقتضي ألا يكون بيع ملك الغير قابلاً للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية فيكون قد وقع في غلط في البائع أو في المبيع . وهذا يتعارض مع عموم النص في التقنين الفرنسي، ومع صريح النص في التقنين المصري فإن المادة ٤٦٨ من هذا التقنين تصرح بوجود التعويض للمشتري إذا كان حسن النية فإذا كان سيئ النية بقي البيع قابلاً للإبطال وإن كان المشتري لا يستحق التعويض (٣) .

(١) برودي وسيتيا فقرة ١١٧ ص ١٠٨ - ص ١٠٩ - راندى يعتبر مستحيلاً استحالة مطلقة ليكون العقد معه باطلاً بطلاناً مطلقاً هو أن يبيع شخص لآخر شيئاً يبين بعد ذلك أنه كان مملوكاً للمشتري وقت البيع ، كأن يكون هذا الشيء موصى به من المالك الحقيقي للمشتري دون أن يكون هذا عالماً بالوصية ، فهذا البيع يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لاستحالة المحل استحالة مطلقة (كولان وكايتيان ٢ فقرة ٨٦٤ - أنسيكلوبيدي دالوز - لفظ vente فقرة ٢٧٩ - وانظر آنفاً فقرة ١٥١ في الهامش) - ويقول الأستاذ إسماعيل قائم : « أما استحالة محل البيع في بيع ملك الغير فهي استحالة نسبية » إذ أن هناك شخصاً كان يستطيع أن ينقل ملكية المبيع وذلك هو المالك الحقيقي ، مذكرات غير مطبوعة في البيع ص ١٥ ) .

(٢) جوسران ٢ فقرة ١٠٤٣ و١٠٤٥ ، ويذهب إل أن بيع ملك الغير الباطل يفترض فيه دائماً أن المشتري حسن النية وأنه يجهل أن الشيء مملوك لغير البائع ( أنظر عكس ذلك كولان وكايتيان ٢ فقرة ٨٦٥ ص ٥٧٧ ) . وانظر م ٢٣٤ من المشروع الفرنسي للإبطال . وهي تبقى بطلان بيع ملك الغير محل الغلط .

(٣) برودي وسيتيا فقرة ١١٨ - والبطلان النسبي هو الذي وقت منده التقنين المدني المصري السابق ، فقد نص صراحة على أن بيع ملك الغير يصبح إذا أجازته المالك الحقيقي ( م ٢٦١/٢٣٢ ) ، والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا تلغى الاجازة ، وإنما تلحق الاجازة =

على أن الفقه الفرنسي الحديث أخذ يعدل عن هذه النظريات التقليدية ، ويذهب إلى أن دعوى بطلان بيع ملك الغير ليست إلا دعوى ضمان الاستحقاق يسبق المشتري إلى رفعها قبل أن ترفع عليه . هو دعوى الاستحقاق من المالك الحقيقي . فهو في دعوى ضمان الاستحقاق العادية يجب أن يترتب حتى يتعرض له المستحق ، وعند ذلك يرفع على البائع دعوى ضمان التعرض والاستحقاق . اما في بيع ملك الغير فقد أجاز المشرع المشتري ألا ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقي ، بل يسأله إلى رفع دعوى بطلان البيع ضد البائع ، فدعوى البطلان هذه ليست إلا دعوى ضمان استحقاق تعجل المشتري رفعها *garantie d'éviction anticipée* (١) . ولكن القول بأن دعوى البطلان هي دعوى ضمان استحقاق استبق إليها المشتري يقتضى أن تكون مدة التقادم ، لا عشر سنوات كما هو الأمر في القانون الفرنسي ، بل ثلاثين سنة وهذه هي مدة التقادم

---

== العهد الباطل بطلاناً نسبياً . وبالرغم من صراحة النص ، فقد اضطرب الفقه المصري في عهد الثنتين المدنى السابق ، وسائر الفقه الفرنسي في اضطرابه (أنظر في الفقه المصري في عهد الثنتين السابق الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكى لفترة ١٦٣ - فترة ١٦٨ - عقد الإيجار لمؤلف فترة ٧٨ ص ١٠٨ هامش رقم ٣ - الأستاذ سلمى هجيت بدوى في مقال في مجلة القانون والاقتصاد ١ ص ٥٨٨ وما بعدها) .

(١) يبدآن ١١ فترة ١٠٤ - بلانيرول وريير وهامل ١٠ فترة ٤٥ - بلانيرول وريير وپولانيجه ٢ فترة ٢٣١٧ .

ويلعب بودرى وسينيا إلى أن بيع ملك الغير مشوب بيب أصل هو استحالة تنفيذه ، وأن هذه الاستحالة تنطوى على خطأ في جانب البائع إذ لزم بما لا يستطع تنفيذه . فالبطالن الذى يقوم على هذا الأساس إنما هو بطلان لمصلحة المشتري ، فهو بطلان نسبى وتقرب آثاره من آثار البطلان لقلط (بودرى وسينيا فترة ١١٨ ص ١١١) .

ويلعب بلانيرول وريير وهامل إلى أنه لما كان البيع في القانون الرومانى لا يلزم البائع بنقل الملكية ومن ثم كان بيع ملك الغير صحيحاً ، فإن البيع في القانون الحديث وهو يلزم البائع بنقل الملكية يجب أن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وقد نص الثنتين المدنى الفرنسي (م ١٥٩٩) فلا على هذا البطلان . ولكن الفقه واقتضاء في فرنسا لم يجدوا من الضروري أن يلجأ ببيع ملك الغير من أى أثر يترتب عليه ، فحولوا البطلان لحماية مصلحة المشتري ، فيستطع هذا طلبة إذا هو لم يظفر بعد البيع بملكية المبيع ، وصارت دعوى البطلان أقرب إلى أن تكون دعوى ضمان استحقاق مستتقة (*garantie d'éviction anticipée*) (بلانيرول وريير وهامل ١٠ فترة ٤٥) .

في القانون الفرنسي في دعوى الضمان . فلا بد إذن أن يختلط ، في دعوى بطلان بيع ملك الغير ، معنى الضمان بمعنى البطلان (١) .

### ١٥٦ - رأى يستتر الى نظرية تحول العقد الباطل : والتفتين المدني

المصري الجديد صريح في أنه يجوز للمشتري إبطال بيع ملك الغير (م ١/٤٦٦) ، وفي أنه إذا أقر المالك البيع مري العقد في حقه وانتقل صحيحاً في حق المشتري (م ١/٤٦٧) ، وفي أن البيع ينتقل صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد (م ٢/٤٦٧) . فهذه كلها نصوص صريحة قاطعة في أن بيع ملك الغير قابل للإبطال ، وقد قنن المشرع المصري بهذه النصوص الرأي الذي ساد فعلاً في كل من الفقه المصري والفقه الفرنسي .

بقي أن نؤصل هذا البطلان . وهناك رأى ذهب إليه الأستاذ سليمان مرقس (٢) في عهد التفتين المدني الجديد ، يقول بأن بيع ملك الغير باطل بطلاناً مطلقاً لاستحالة المحل استحالة مطلقة في الظروف الخارجية المحيطة بالبائع . ثم يكمل نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول العقد الباطل (conversion) المنصوص عليها في المادة ١٤٤ مدني . فيتحول بيع ملك الغير طبقاً لهذه النظرية من بيع ناقل للملكية فوراً إلى بيع منشيء لالتزامات فحسب ، متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك لو علم أن العقد الأول لا يمكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع . وقد فرض المشرع فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن البائع انصرف نية المحتملة إلى تحول عقد البيع على هذا النحو ، أما انصراف نية المشتري إلى ذلك وفروض إلى أن يثبت العكس ، فإذا تمسك للمشتري بإبطال البيع فقد ثبت العكس وأنه لم تنصرف نية إلى التحول . ويحتم الأستاذ سليمان مرقس رأيه بالعبارة الآتية : « وعلى ذلك يمكن القول بأن المشرع قد جعل من تنظيم بيع ملك الغير في المواد ٤٦٦ وما بعدها تطبيقاً تشريعياً لنظرية تحول العقد الباطل ، تجاوز فيها بعض الشيء عما تقتضيه نظرية التحول العامة من انصراف نية العاقدن المحتملة إلى التحول ، إذ فرض فيه انصراف نية البائع

(١) أنسيكلوبيدي دالقرز • لفظ vente لفرة ٣٨٩ .

(٢) البيع لفرة ٢٨١ .

المحتملة إلى التحول فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، دون أن يفرض مثل ذلك في نية المشتري<sup>(١)</sup> .

ونأخذ على هذا الرأي أمرين :

أولاً - القول بأن بيع ملك الغير هو في أصله باطل بطلاناً مطلقاً يتعارض تعارضاً واضحاً مع صريح نصوص التقنين المدني للمصري ، فقد ينشأ أن هذه النصوص قاطعة في أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لا باطل بطلاناً مطلقاً<sup>(٢)</sup> .

ثانياً - والقول بأن العقد الباطل قد تحول إلى عقد منشئ للالتزامات يتعارض مع نظرية التحول المعروفة . فهذه تقتضي أن تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تصرف وقت العقد - لا بعد ذلك - إلى العقد الجديد بدلاً من العقد الباطل . ونية المشتري المحتملة تستصحب على هذا التأويل . فاما أن تكون هذه النية قد انصرفت احتمالاً إلى العقد الجديد منذ البداية ، فلا يجوز إثبات العكس ، وينبغي ألا يجوز تبعاً لذلك المشتري أن يطلب إبطال البيع . وإما ألا تكون قد انصرفت إلى العقد الجديد ، فلا يكون هناك تحول ، وينبغي أن يبقى البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وهذا ما يتعارض مع النص الصريح .

#### ١٥٧ - رأي آخر يذهب إلى أنه يبيع ملك الغير عقد موقوف :

وهناك رأي آخر يذهب إلى أن بيع ملك الغير هو عقد موقوف على النحو المعروف في الفقه الإسلامي . قال بهذا الرأي الأستاذ شفيق شحاتة في كتابه « النظرية العامة للتأمين المعنى »<sup>(٣)</sup> إذ كتب ما يأتي : « وقد تضاربت آراء الشراح في طبيعة البطلان الذي يلحق ببيع ملك الغير . على أن الرأي الصحيح هو أن بيع ملك الغير هو بيع غير نافذ في حق المالك . وعدم نفاذ العقد الناقل

(١) الأستاذ سليمان مرقس في البيع فقرة ٢٨١ ص ٤٦٢ - وانظر في رد مطول على هذا الرأي الأستاذ مصوب مصطفى منصور ص ٢٥٤ - ص ٢٥٨ .

(٢) ولا يخال إن هناك استحالة مطلقة في أن يلتزم البائع بنقل ملكية شيء لا يملكه ، فقد بينا أن البائع يمكنه أن يلتزم بذلك ، فإذا لم يتم بتنفيذ التزامه كان الجزء هو البيع لا البطلان المطلق .

(٣) الجزء الأول فقرة ٩٢

للملكية يجعله كذلك عديم الأثر فيما بين المتعاقدين . وليس ذلك معناه أن العقد باطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً ، فالعقد يعتبر في هذه الصورة عقداً موقوفاً . والعقد الموقوف يتوقف أثره على الإقرار الصادر من المالك ، فإذا أقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك ، وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الأثر كما كان (١) .

ويؤخذ على هذا الرأي ما يأتي :

أولاً - لو كان بيع ملك الغير عقداً موقوفاً ، لما أنتج أى أثر قبل أن يجيزه المالك الحقيقي ، كما تقتضي بذلك أحكام الفقه الإسلامى . ولكن بيع ملك الغير ينتج أثره في الحال ، شأنه شأن أى عقد قابل للإبطال ، ولا يبطل إلا إذا طلب المشتري إبطاله . ثم إن المشتري يملك الإجازة ، والعقد للموقوف في الفقه الإسلامى لا يجيزه إلا المالك الحقيقي .

ثانياً - نظرية العقد الموقوف إذا أمكن الأخذ بها في القانون المصرى من الفقه الإسلامى باعتباره مصدرأ من مصادر هذا القانون (م ٢/١ مدنى) ، فذلك لا يكون إلا حيث لا يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه . ولذلك قد يصح الأخذ بها في مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة ، فيكون تعاقد موقوفاً على إجازة الموكل ، إذ لا نص يمنع من الأخذ بها . أما هنا فيوجد كما رأينا نص تشريعى صريح يجعل بيع ملك الغير عقداً قابلاً للإبطال لا عقداً موقوفاً ، فيجب في هذه الحالة إعمال النص الصريح (٢) .

---

(١) ويشير الأستاذ شفيق شحاتة في الحاشية إلى نظرية الفقه الإسلامى في البيع الموقوف ، وإلى المادة ١٠٨ من القانون المدنى الألمانى وتقتضى بأن العقد الصادر من القاصر بدون إجازة الورى هو عقد غير نافذ ، وإلى المادة ١٠٩ وتقتضى بأن الطرف الآخر في التعاقد يستطيع الرجوع في العقد ما لم يجزه الورى .

(٢) وهذا لا يمنع ، من ناحية السياسة التشريعية ، أن نظرية العقد الموقوف تفضل بكثير نظرية العقد القابل للإبطال في بيع ملك الغير . وقد بسطنا ذلك تفصيلاً في كتاب « مصادر الحق في الفقه الإسلامى » الجزء الرابع ص ٣٠٥ - ص ٣٠٧ .

### ١٥٨-الرأى الذى نقف عنده - بيع ملك الغير قابل للإبطال

بحسب نص خاص فى القانون أئسأ البطونه : لذلك لا زى بدا من القول بأن بيع ملك الغير ليس بعقد باطل ولا بعقد موقوف ، بل هو عقد قابل للإبطال كما يقطع بذلك صريح النص فيما قدمناه . ونريد هنا ما كنا نقوله فى هذا الصدد فى عهد التقنين المدنى السابق (١) ، فان التقنين المدنى الجديد لم يدخل أى تعديل فى تأصيل بطلان بيع ملك الغير :

لا يسعنا ، إزاء تضارب الآراء فى تأصيل بطلان بيع ملك الغير ، إلا أن نرجع إلى الأصل التاريخى لهذا البطلان . كان بيع ملك الغير فى القانون الرومانى صحيحاً ، لأن البيع فى هذا القانون لم يكن من طبيعته نقل الملكية ، بل كل ما كان يلتزم به البائع هو أن ينقل حيازة المبيع إلى المشتري وأن يضمن له دوام هذه الحيازة دون تعرض من أحد (٢) . وغير المالك قد يستطيع أن يقوم بذلك ، ومن ثم كان يبيعه صحيحاً . وكان يترتب على ذلك أن للمشتري لشيء غير مملوك للبائع لا يستطيع أن يرفع دعوى ضمان على البائع إلا إذا تعرض له المالك الحقيقى ، فيبقى قبل هذا التعرض مهدداً دون أن يستطيع شيئاً قبل البائع . واستمرت الحال على ذلك فى القانون الفرنسى القديم ، رغم أن البيع أخذ يتدرج فى طبيعته إلى عقد ناقل للملكية . ثم لما قرر التقنين المدنى الفرنسى ، ومن بعده التقنين المدنى المصرى القديم والجديد ، عبارة حاسمة أن البيع ينقل الملكية ، أصبح بيع ملك الغير منافياً لطبيعة عقد البيع . فنص المشرع على جعل هذا البيع قابلاً للإبطال لحماية المشتري ، فيستطيع هذا ، قبل أن يتعرض له المالك الحقيقى ، أن يبادىء البائع بطلب لإبطال البيع ، فلا يبقى مكتوف اليدين ينتظر تعرض المالك الحقيقى حتى يتمكن من تصحيح موقفه (٣) .

فالعلة إذن فى كون بيع ملك الغير قابلاً للإبطال هى منافاة هذا العقد لطبيعة

(١) مذكرات غير مطبوعة فى البيع المؤتلف سنة ١٩٢٧ - عقد الإيجار المؤتلف سنة ١٩٢٩ ص ١٠٨ هاشم رقم ٣ - نظرية العقد المؤتلف سنة ١٩٢٤ ص ١١٦ هاشم رقم ٢ .

(٢) بودوى رسييا فقرة ١١٦ - بلانويول وريير وعامل ١٠ فقرة ٤٥ .

(٣) بودوى رسييا فقرة ١١٩ مكروة .

البيع . ولكن العلة وحدها لا تكفي ، فنافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع قد تكون علة معقولة للبطلان ، ولكن ليس في القواعد العامة ما يجعل منها سبباً لإبطال العقد . فسبب إبطال العقد ، وفقاً للقواعد العامة ، ليس إلا نقص الأهلية أوعيبا من عيوب الرضاء . لذلك كان لا بد من نص خاص ينشئ بطلان بيع ملك الغير ، ويستند إلى العلة المعقولة التي قلناها ، وقد وجد هذا النص . فهو نص منشئ للبطلان لا كاشف عنه (١) ، ولو لم يوجد لما أمكن القول بأن بيع ملك الغير قابل للإبطال ، بل لوجب القول بأنه صحيح ولكنه قابل للتسخيع لعدم استطاعة البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية (٢).

وأكثر الفقهاء يفترضون أن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، ثم يبحثون في نطاق هذه القواعد عن سبب البطلان ، فيحتدم الخلاف بينهم ويتضاربون . والواقع من الأمر أن البطلان هنا خاص بالبائع ، أنشأه نص تشريعي خاص ، لعله معقولة هي منافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع . ومن ثم كانت قواعد هذا البطلان تختلف في بعض النواحي عن القواعد العامة في البطلان . من ذلك أن بيع ملك الغير يميزه المالك الحقيقي ، وينقلب صحيحاً إذا أصبح البائع مالكاً للمبيع ، مع أن العقد القابل للإبطال لا يتقلب صحيحاً إلا إذا أجازته المعاهد الذي تقرر البطلان لمصلحته وهو هنا المشتري (٣) . فلا بد إذن من القول

---

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع المتهدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ١١٢ .  
(٢) وهذا هو المقرر فعلاً في التقنين المدني الألماني حيث لا يوجد نص على بطلان بيع ملك الغير . فالبائع في هذا التقنين يلتزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري (م ٤٣٢) ، فإذا لم ينفذ التزامه جاز المشتري طلب فسخ البيع (م ٤٤٠) . وتنفيذ الالتزام بنقل الملكية يكون باتفاق قال مسفل من عقد البيع مع قيده في السجلات العقارية بالنسبة إلى العقار (م ٨٧٣) ، أو مع التسليم بالنسبة إلى المنقول (م ٩٢٩) . ويصطلح المشتري في بيع ملك الغير في القانون الألماني أن يرفع دعوى الفسخ على البائع ، حتى قيل أن يفرض له المالك الحقيقي ، وفي هذا يختلف القانون الألماني من القانون الروماني اختلافاً بيناً (سألي في الالتزامات فقرة ١٥٢ و فقرة ٢٠٦ - بلانول وريبير وهابل ١٠ ص ٤٥ هامش رقم ٣) . وانظر أيضاً في تقنين الالتزامات السويسري المادة ١٨٤ في الالتزام بنقل الملكية ، والمادة ٦٥٦ في نقل ملكية العقار باتفاق قال ينفذ في السجل العقاري ، والمادة ٧١٤ في نقل ملكية المنقول باتفاق قال يصحبه للتسليم .  
(٣) وسنرى أن المشتري إذا كان له أن يميز بيع ملك الغير ، فإن المالك الحقيقي له أيضاً أن يميزه ، بل إن إجازة المالك الحقيقي المبلغ أثراً من إجازة المشتري ، فهي تقلب العقد =

بأن بطلان بيع ملك الغير بطلان خاص يعقد البيع لا يستمد من القواعد العامة ، وقد أنشأه نص تشريعى صريح واستند فى إنشائه إلى علة معقولة (١) .

== صحيحاً ونجمله فى الوقت ذاته سارياً فى حق المالك . وسنرى أيضاً أن العقد ينتقل صحيحاً بمجرد أن يصبح مالكا للبيع : وهذه خصوصية لا تعرف فى العقد القابل للإبطال طبقاً للقواعد العامة .

(١) قارب بلاتيول وريبير وهامل ١٠ بقرة ٤٨ ص ٤٩ - ص ٥٠ - والأستاذ إسماعيل غانم ص ١٥ - وانظر الأستاذ أنور سلطان بقرة ١٠٤ ص ٣٩١ - ص ٣٩٢ .

وقد قررنا هذا الرأى نفسه فى كتاب الإيجار فى البارات الآتية : « بيع ملك الغير باطل بطلاناً نسبياً ، ولكن هذا البطلان غير مستمد من القواعد العامة ، لأنه خاضع فى مصدره وفى أحكامه إلى مبادئ أخرى خاصة به . فمن البت إذن أن نحاول البحث فى القواعد العامة هل ما يستند إليه بطلان بيع ملك الغير . أما العلة فى البطلان فواجبة إلى أن البيع ناقل بطبيعته للملكية ، ولم يكن كذلك من قبل . فقد كان البائع فى القانون الرومانى لا يلتزم بنقل الملكية بل ينقل مجرد الحيازة ، ولذلك كان بيع ملك الغير صحيحاً . واستمر الحال كذلك فى القانون الفرنسى القديم ، مع الانحياز إلى بعض أوضاع تسهل نقل الملكية . أما فى القانون الفرنسى الحديث فقد تقرر أن البائع يلتزم بنقل الملكية ، ولذلك تغيرت طبيعة البيع ، وأصبح بيع ملك الغير مناقضاً لها . ولأضح واضحاً قانون نابليون هذا التغيير ، فرتبوا عليه نتيجة المنطقية وهى بطلان بيع ملك الغير . ولم تكن علة البطلان - وهى تناقض بيع ملك الغير مع طبيعة البيع - حل وجهتها بكتانية وحدها فى تقرير البطلان من الرجة القانونية ، لأنها لا تستند إلى مبدأ عام يطبق على جميع العقود . وكان لا بد من نص صريح يفسى البطلان ويخلفه ، فالواد ١٥٩٩/٢٣٣/٢٦٤ تعتبر نصوساً مشذبة مقرر ، بحيث لو كانت غير موجودة لما جاز القول ببطلان بيع ملك الغير حتى مع بقاء علة ؟ من المشار إليها ( وهذا هو الأمر فى القانون الألمانى ) - ونرى ما تقدم أنه حتى يكون إيجار - الغير باطلا ، يجب وجود نص خاص بذلك ، ولا يصح القياس على البيع - وفى الوقت الذى كان بيع ملك الغير فيه يعتبر صحيحاً ، كان يترتب على ذلك أن المشتري لا يستطيع أن يترك سائلاً قبل أن يتعرض له المالك الحقيقى . فلما أصبح البيع ناقلاً للملكية ، كان هذا كافيلاً لإخراج المشتري من هذا المأزق حتى ولو لم يتقرر بطلان بيع ملك الغير ، لأنه كان يستطيع طلب فسخ البيع ما دام البائع لم يتم بالتزامه من نقل الملكية . ولكن المشرع - مراعاة للاختيار المتقدم وهو أن تغيير طبيعة عقد البيع وصيرورته عقدًا ناقلاً للملكية يستلزم منطقياً بطلان بيع ملك الغير - قرر أيضاً هذا البطلان . فأصبح المشتري بالخيار بين أن يلجأ إلى الاحتياء بالمبادئ العامة ويطلب الفسخ - بعد أن يميز البطلان ولو ضمناً .. وبين أن يلجأ إلى الحماية الخاصة التى أعطاهامه القانون بالنسب للناس بالبطلان ليطلب بطلان العقد ، والفرق واضح بين دعوى الفسخ ودعوى البطلان » ( عقد الإيجار المؤلف سنة ١٩٢٩ بقرة ٧٨ ص ١٠٨ هامش رقم ٣ ) .

ويضح من الأستاذ سلمى هجيت بدوى فى أن بطلان بيع ملك الغير غير مستمد من القواعد العامة ، وقد نشأ من نص تشريعى خاص . ولكنه يقول إن الاتفاق إذا كان من شأنه نقل الملكية ==



## ١٥٩ — بيع عقار الغير قابل لمو بطلان بعد التمسيل وقبر : ويلاحظ

== في الحال ، فالبيع قابل للإبطال ! ما إذا كان الاتفاق لا ينتقل الملكية في الحال بل يمكن يتقصر التزام في ذمة البائع بفتحها ، فلا تناقض ، إذ يجوز أن يحصل البائع على الملكية وينقلها المشتري وبذلك ين بالتزامه (انظر مقالا له في مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٥٩٩) . وفي رأينا أن البيع الذي يقرر التزاما بنقل الملكية في ذمة البائع لا يختلف في طبيعته من البيع الذي ينتقل الملكية في الحال ، فالبيع لا ينتقل الملكية إلا لأنه أولا ينشئ التزاما بفتحها ، ثم ينفذ الالتزامات تنتقل الملكية فعلا . ولذلك لا نفرق - من حيث طبيعة العقد - بين بيع العقار غير المسجل ويقرر التزاما بنقل الملكية ، وبين العقار المسجل وينقل الملكية فعلا . فكلاهما عقد ناقل للملكية تنتاقض طبيعته مع بيع ملك الغير ، وكلاهما قابل للإبطال . وقد اضطر الأستاذ حلي هجت بندي ، وهو يتنكر على بيع العقار غير المسجل طبيعته كمقد ناقل للملكية ، أن يتنكر هذه الطبيعة أيضا على بيع العقار غير المسجل ، إذ التسجيل لا يغير من طبيعة العقد ، ولا يبطله إذا كان صحيحا . وقاده هذا المنطق إلى اعتبار بيع عقار الغير يند تسجيله صحيحا ، مخالفًا في ذلك القيامة والإجماع . ومنعوه إلى هذه المسألة فيما يلي .

ويتفق معنا كذلك الأستاذ حامد زكي أن يطلان بيع ملك الغير ليس تطبيقًا للقواعد العامة بل إنشاءً للشارع بنص خاص . ولكن علة البطلان منه ترجع إلى أن المقصود من عقد البيع هو حصول المشتري على الملكية وانتقالها إليه ، سواء تم هذا الانتقال وقت الاتفاق أو كان سراعها إلى حين حصول التسجيل ، فن يبيع ملك غيره ليس في مقدوره أن يحقق المقصود من عقد البيع وهو انتقال الملكية ، ولذا أبطل المشرع تصرفه ( الأستاذان أحد نجيب الهلال وحامد زكي ص ١٦٦ ) . ولا نرى فرقا ، في استظهار علة البطلان ، بين القول بأن ذلك راجع إلى أن البيع ينشئ التزاما بنقل الملكية فتتناقض طبيعته مع بيع ملك الغير ، والقول بأن ذلك راجع إلى أن المقصود من عقد البيع هو أن يحصل المشتري على الملكية ومن يبيع ملك غيره لا يحقق هذا المقصود ، فالتميزان وإن كانا مختلفين بنطويان على فكرة جوهرية واحدة .

انظر في استعراض هذه الآراء وانتقادها الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١١٥ ص ٢٥٩ - ص ٢٦١ - وينتهي إلى القول : « ويبدو لنا ، بعد عرض هذه الآراء ، أن نص المشرع على قابلية بيع ملك الغير للإبطال دون النص على مثل هذا الحكم بالنسبة للمقود الأخرى كالإيجار مثلا ، لا يستند إلى أي أساس قبي . وإنما هو حكم انتفتت السياسة التشريعية ، وقد تأثر فيه المشرع المصري بمسك القضاء الفرنسي الذي لم يلتزم بحدود النص ، وخرج عما قصد . واضع قانون نابليون الذين يبدو أنهم كانوا يقصدون تقرير البطلان المطلق . . . ولهذا تنهى إلى أنه لا يوجد أساس قبي يجر إبطال بيع ملك الغير . وربما كان مسك القضاء الفرنسي الذي تأثر به المشرع المصري قد جاء نتيجة الرغبة في تكله أحكام ضمان الاستحقاق . . . ولهذا نجد المحدثين من الشراح الفرنسيين يقولون إن دعوى إبطال ملك بيع الغير ليست إلا إعمالا لضمان الاستحقاق قبل أن يتحقق التبرع الفعلي ، أو أنها تكله لأحكام الضمان » (الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ٢٦١ وص ٢٦٢) .

أن بيع العقار لا يزال من طبيعته نقل الملكية، سواء سجل أو لم يسجل . فلم يغير قانون التسجيل ، ولا قانون الشهر بعده، من طبيعة عقد البيع . ونصوص هذين القانونين صريحة في هذا المعنى . فنص المادة الأولى من قانون التسجيل على أن « جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض التي من شأنها إنشاء ملكية . . يجب شهرها بواسطة تسجيلها » . وتنص المادة التاسعة من قانون الشهر على أن « جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية . . يجب شهرها بطريق التسجيل » ،<sup>(١)</sup> فيبيع العقار قبل أن يسجل لا يزال من شأنه - أو من طبيعته - نقل الملكية ، إذ ينشئ التزاماً بنقلها في جانب البائع . فبيع عقار الغير إذن لا يزال متافياً لطبيعة عقد البيع ، ومن ثم فقلة البطلان في البيع غير المسجل موجودة ، والنص على البطلان عام شامل لا يميز بين البيع المسجل والبيع غير المسجل . بل إن التقنين المدني الجديد جاء حاسماً في هذا الصدد ، فنص صراحة على جواز أن يطلب المشتري لإبطال بيع عقار الغير ولو لم يسجل البيع ، إذ يقول في نهاية الفقرة الأولى من المادة ٤٦٦ : « ويكون الأمر كذلك ( أى يجوز للمشتري طلب إبطال البيع ) ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل » . وما دامت حلة البطلان موجودة ، وما دام النص المنشئ للبطلان عاماً يشمل العقد المسجل والعقد غير المسجل ، وجب القول إن بيع عقار الغير يكون قابلاً للإبطال قبل تسجيله ، ويبقى بطبيعة الحال قابلاً للإبطال بعد التسجيل .

ولا يمكن القول بأن بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل ، قابل للإبطال بعده<sup>(٢)</sup> . فإن التسجيل لا يبطل عقداً صحيحاً ولا يصبح عقداً باطلاً ، فلو كان بيع عقار الغير صحيحاً قبل التسجيل فانه ينبغي أن يستمر صحيحاً بعده<sup>(٣)</sup> . ولما كان بيع عقار الغير قابلاً للإبطال قبل التسجيل ، فانه يجب أن يستمر قابلاً للإبطال بعد التسجيل .

(١) وهذا ما قال به الأستاذ أحمد نجيب الحلال فقرة ١٧٠ - فقرة ١٧١ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع النتهى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٢ - وهذا هو الأمر في القانون الألماني كما سبق القول .

كذلك لا يمكن القول بأن بيع ملك الغير حتى يكون باطلا يجب أن يكون المقصود بالبيع نقل الملكية في الحال، والبيع غير المسجل لا ينقل الملكية في الحال، فبيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل، ويبقى صحيحا بعد التسجيل لأن التسجيل لا يبطل عقداً صحيحاً (١). ذلك أنه يجوز أن يقصد المتعاقدان نقل الملكية في الحال، ولكن لا ننقل فعلاً لسبب لا يرجع إلى إرادتهما. ففي حالة البيع غير المسجل لا يزال المتعاقدان يقصدان نقل الملكية في الحال، ولكن يحول دون ذلك ضرورة التسجيل وهو وضع اقتضاه القانون لإرادة المتعاقدين. فتبقى علة البطلان - وهي قصد نقل الملكية في الحال - متوافرة في بيع عقار الغير قبل التسجيل، فيكون هذا البيع قابلاً للإبطال، وقد ورد نص التفتين المدني الجديد (١/٤٦٦ م) صريحاً في هذا المعنى كما سبق القول (٢).

(١) وهذا ما ذهب إليه الأستاذ حلي بهجت بدوي في المقال المشار إليه (مجلة القانون والاقتصاد ١ ص ٩٨ وما بعدها). فهو يرى - كما سبق للقول، أن علة بطلان بيع ملك الغير هي أن الملكية في البيع يجب أن تنتقل في الحال، ومن يبيع ملك غيره لا يتربط به على هذا الأثر. ولما كانت هذه العلة قد زالت يصدر قانون التسجيل، فقد زال سبب البطلان. ومن ثم يكون بيع عقار الغير في رأيه صحيحاً قبل أن يسجل، ويبقى صحيحاً حتى بعد التسجيل. وهذا وقد حكم التفتين المدني الجديد (م ١/٤٦٦) كل خلاف في هذه المسألة بنص صريح كما قدمنا.

(٢) أنظر في هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠١ - الأستاذان سليمان مرقس فقرة ٢٨٢ - الأستاذ عبد المنعم البهراوي فقرة ٣٩١ - وهذا هو الرأي الذي قلنا به في عهد التفتين المدني السابق، وأبرزناه في كتاب الإيجار في العبارات الآتية: «هذا ويلاحظ أن بيع ملك الغير في مصر لا يزال باطلاً حتى بعد صدور قانون التسجيل الحديث، لأن البيع لا يزال من طبيعته نقل الملكية، إذ هو يوله التزاماً في جانب البائع بنقل الملكية، وإن كانت لا تنتقل إلا بالتسجيل، وعمل ذلك فالتناقض بين بيع ملك الغير وطبيعة البيع لا يزال موجوداً، والنص المنفي البطلان (م ٣٢٣/٢٦٤) لم يلغ قانون التسجيل. ومن ثم قلنا بطلان بيع ملك الغير، سواء قبل تسجيل العقد أو بعد التسجيل. ولا يصح في نظرنا القول بأن بيع ملك الغير صحيح قبل تسجيل العقد باطل بعد التسجيل - أنظر الأستاذ الحلل في البيع فقرة ٣٤٦ - فقرة ٣٤٨ - عقداً باطلاً (عقد الإيجار مؤلف فقرة ٧٨ ص ١٠٨ هامش رقم ٣ - وانظر أيضاً نظرية العقد المؤلف ص ٦١١ هامش رقم ٢) - وانظر أيضاً في هذا المعنى في عهد التفتين المدني السابق الأستاذ حامد زكي (البيع للأستاذين أحمد نجيب الحلل وحامد زكي فقرة ١٧٤ - فقرة ١٧٥).

## ب - أحكام بيع ملك الغير

١٦٠- فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك الحقيقي : بعد أن أصلنا بطلان بيع ملك الغير على النحو المتقدم ، نتقل إلى بيان أحكام هذا البيع : ( أولاً ) فيما بين المتعاقدين ( ثانياً ) بالنسبة إلى المالك الحقيقي .

### أولاً - فيما بين المتعاقدين :

١٦١- المشتري وعده هو الذي يجوز له طلب إبطال البيع : لما كان بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري ، فالمشتري وحده هو الذي يجوز له طلب إبطال البيع ( م ١/٤٦٦ مدني ) . وله أن يتمسك بإبطال البيع ، إما في صورة دعوى إبطال رفعها على البائع ليسترد منه الثمن أو ليستبق ضمان الاستحقاق ، وإما في صورة دفع يدفع به دعوى البائع إذا طالبه هذا بالثمن (١) .

وللمشتري أن يتمسك بإبطال البيع حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي (٢) ، وحتى لو كان يعرف وقت البيع أن البائع لا يملك المبيع . فهو إنما رضى بالبيع معتقداً أن البائع يستطيع أن يحصل على ملكية المبيع فينقلها إليه ، فإذا تبين له أن البائع لا يستطيع ذلك ، فليس عليه أن ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقي ، بل له أن يبادر إلى المطالبة بإبطال البيع . وهذه هي المزية الجوهرية في أن المشرع قد نص على جعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري ، كما سبق القول .

وإذا رفع المشتري دعوى الإبطال (٣) ، فقد ثبت حقه في إبطال البيع . ويتحتم على القاضي أن يحكم له بذلك ، حتى لو أقر المالك الحقيقي البيع أو أصبح البائع مالكا قبل صدور الحكم ، مادام المشتري قد رفع دعوى الإبطال قبل

---

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٠ - يودوي وسينيا فقرة ١٤٩ ص ١١١ - بيدان ١١ فقرة ١٠٥ - بلانويك وريير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥٠ - ٥١ كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٦٧ .

(٢) استئناف غنتلط ١١ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٩٨ .

(٣) وسرى أن دعوى الإبطال هي غير دعوى الفسخ وغير دعوى ضمان الاستحقاق .

إقرار المالك الحقيقي أو قبل صيرورة البائع مالكا . ذلك أن القاضي إنما يرجع في حكمة إلى وقت رفع الدعوى ، وفي هذا الوقت كان البيع قابلا للإبطال ولم يكن المالك الحقيقي قد أقره أو أصبح البائع مالكا للمبيع (١) .

وتسقط دعوى الإبطال بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المشتري بأن البائع لا يملك المبيع ، وتسقط على كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلة بأنه إذا أقر المالك الحقيقي البيع قبل أن يمسك المشتري بالبطلان بإجراء صحيح ، فإن البيع ينتقل سميما ( ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٧ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٠٨ ) . وقضت أيضا بأن البائع أن يبيع بإقرار المالك الحقيقي البيع في دعوى الإبطال التي رفعها المشتري ( ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٢٦٥ ) . ويسير القضاء الفرنسي على هذا النحو ( أنظر بودوي وسينيا فقرة ١١٩ ص ١١٤ - ١١٥ - بلانويول وريجيرويلانجيه ٢ فقرة ٢٣٢١ وأحكام القضاء الفرنسي المشار إليها ) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلة بأن مجرد رجوع المشتري عن البيع في بيع ملك الغير وإعلان البائع بهذا الرجوع ( أي ولو قبل رفع الدعوى ) قبل صدور الأقرار من المالك الحقيقي يكفي لسقوط البيع ، ولو أقر المالك بعد ذلك ( ٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٢ - وانظر أيضا في هذا المعنى بلانويول وريجيرويلانجيه ، فقرة ١٠٥٤ - الأستاذ محمد كامل موسى فقرة ٢٢٤ ص ٤٤٦ ) .

وعلى العكس مما تقدم قضت محكمة استئناف مصر بأن إبطاء بيع ملك الغير ، إذا تمت بعد رفع الدعوى وقبل الحكم ، تعتبر قياماً من جهة البائع ملك الغير بتنفيذ تمهده وهو نقل الملكية ، ويصح قبول الإجازة بعد رفع الدعوى متى لم يصب المشتري ضرر من هذا التأخير ، وذلك بناء على أن بيع ملك الغير قابل للفسخ ( ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٢٩ ص ٨٤ - وانظر أيضا في هذا المعنى جبرار فقرة ١٨٩ - دى غلس لفظة *void* ص ١٤ - الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحسان زك فقرة ١٧٩ ص ١٧١ ) .

ولذلك في أن إبطال البيع بمجرد إعلان المشتري رجوعه فيه وقبل رفع دعوى الإبطال ، بالرغم من إقرار المالك الحقيقي البيع أو صيرورة البائع مالكا وذلك قبل رفع الدعوى ، يتعارض مع النص الصريح ( م ٤٦٧ مدني ) . أما قبول إقرار المالك الحقيقي بعد رفع دعوى الإبطال وقيل صدور الحكم ، أو صيرورة البائع مالكا ، ما بين حاتين الفترتين ، فقد يفتق مع المبدأ القاضي بصريح التصرف في استبدال حق الإبطال ، إذا ظهر أنه لم تعد للمشتري مصلحة بعد ذلك في التمسك بالإبطال . ونظير ذلك ما نصت عليه المادة ١٧٤ مدني من أنه : ١٥ - ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية . ٢٠ - ويبقى للأخص ملزماً بالتمسك الذي قصد إبرامه ، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد .

( م ١٩ - الوسيط ج ٤ )

البيع ، وهذا قياساً على سائر دعاوى الإبطال (١) .

أما البائع فلا يملك طلب إبطال البيع ، لأن الإبطال لم يقرر لمصلحته بل لمصلحة المشتري (٢) . وهناك رأى وجيه يلحظ إلى أن البائع طلب إبطال البيع للغلط ، إذا كان يجهل وقت البيع أن المبيع غير مملوك له (٣) .

(١) أنظر من هذا قرأى في الفقه المصري الأستاذ عبد الحليم البدرأوى فقرة ٣٩٦ ص ٥٨١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥٠ - الأستاذ إسماعيل غانم ص ١٧ - ص ١٨ - وفي الفقه الفرنسي : أوبري دور ، فقرة ٣٥١ ص ٤٢ - بودرى وسينيا فقرة ١١٩ ص ١١٢ - بلانويول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥١ - ص ٥٢ - بلانويول وريبير ود لانيجه ٢ فقرة ٢٣١٨ .

ربح ذلك فقد ذهب الأستاذ سليمان مرقس - ويرافقه الأستاذ محمد كامل مرسى ( فقرة ٢٢٣ ص ٤٤٤ ) - إلى أن المادة ٤٦٦ لم تضمن حكماً لتقادم دعوى الإبطال بثلث سنوات قد عبت في كل حالة من حالات الإبطال مبدأ هذه المدة ، وهو تاريخ كشف الغلط أو التعليل أو انقطاع الإكراه أو زوال نقص الأهلية ، ولم تحدد مبدأ لمدة تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير . فيبين القول بأن هذه المدة تبدأ من وقت إبرام العقد ، وبأن الحق في رفع حله الدعوى لا يتقادم بمعنى ثلاث سنوات لأن المشرع لم يملك بالمدة الأخيرة إلا في الحالات التي حددتها مبدأ هذه المدة تالياً لوقت إبرام العقد . أما حيث تبدأ ائدة من وقت العقد ، فإن التقادم لا يتم إلا بخمس عشرة سنة ( الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦٩ ص ٤٩٩ - ص ٤٥٠ ) . وتختلف هذا قرأى ، فإن المواد ١٣٨ - ١٤٠ مدني جاءت العبارة فيها عامة تشمل جميع العقود القابلة للإبطال أيا كان سبب البطلان . فيدخل فيها بيع ملك الغير ، ويسقط الحق في إبطال هذا البيع بثلث سنوات ( م ١/١٤٠ مدني ) . ولما كانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٠ مدني لم تحدد مبدأ سرمان التقادم بالنسبة إلى بيع ملك الغير ، فقياساً على الأحوال التي حددتها النص مبدأ سرمان التقادم - ويستخلص منها أن مبدأ السرمان لا يكون إلا عند تمكين صاحب الحق في الإبطال من رفع الدعوى - يجب القول بأن التقادم في حالة بيع ملك الغير لا يبدأ سرمانه إلا من وقت تمكين المشتري من رفع دعوى الإبطال أي من وقت علمه بأن البائع لا يملك المبيع . وقياساً أيضاً على الحالات المتقدمة - الغلط والتدليس والإكراه - تسقط دعوى الإبطال أيضاً بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور بيع ملك الغير . وليس صحيحاً أن مدة الثلاث سنوات تبدأ دائماً من وقت تال لإبرام العقد ، فقد تبدأ من وقت إبرام العقد ، كما إذا انقطع الإكراه بمجرد تمام العقد لتقادم دعوى الإكراه بثلث سنوات من هذا الوقت ، وكذا إذا كان المشتري في بيع ملك الغير يعلم وقت البيع أن المبيع غير مملوك البائع فتقادم الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من وقت صدور البيع ( الأستاذ إسماعيل غانم ص ١٨ ) .

(٢) يبدان ١١ فقرة ١٠٥ .

(٣) ديفريجه ١ فقرة ٢٢٠ - ماركاديه م ١٥٩٩ م ٢ - كرولان وكابيجان ٢ فقرة ٨٦٧ ص ٧٩ - بلانويول وريبير وبولانيجه ٢ فقرة ٢٣١٨ - الأستاذ غانم =

## ١٦٢ - وللمشتري أنه يطلب التمتع بمقتضى : ولا يقتصر المشتري على

طلب إبطال البيع ، بل له أيضاً أن يطالب بتعويض ما أصابه من ضرر ، من عسكرة لحقت به أو كسب فاتته ، بسبب إبطال البيع (١) . ولكن يشترط في ذلك أن يكون حسن النية (٢) ، أى ألا يكون وقت البيع عالماً بأن البائع لا يملك المبيع (٣) . أما إذا كان يعلم ذلك ، فإنه يستطيع أن يطالب بإبطال البيع ، ولكنه لا يسترد إلا الثمن دون أى تعويض ، بل دون مصروفات البيع التى أنفقها ،

== أحمد نجيب اللؤلؤ وحامد زكى فقرة ١٨٥ - الأستاذ منصور مصطف منصور فقرة ١١٤ ص ٢٤٨ - الأستاذ جميل الشرفاوى فقرة ٤١ ص ١٠٠ - بل يذهب بعض الفقهاء إلى أن البائع حتى لو كان سيئ النية أن يدفع بعدم تسليم المبيع إذا كان لم يسلّمه إلى المشتري ، لأن إجبار البائع على تسليم المبيع وهو ليس بملكه فيه إكراه له على أن يمتدّى على ملك الغير (بيدان ١١ فقرة ١٠٥) .

على أن طائفة من الفقهاء يذهبون إلى أنه لا يجوز للبائع طلب إبطال البيع ، سواء كان سيئ النية أو حسن النية ، لأن طلب الإبطال لم يتقرر إلا لمصلحة المشتري ، ولأن التزام البائع بالبائع يتمارض مع إبطاله البيع ، ولأن البائع حتى لو كان حسن النية مقصر في بيعة شيئاً غير مملوك له : يردى وسينياً فقرة ١١٩ ص ١١١ - ص ١١٢ - بلانيرول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٩٩ - وانظر عرضاً لهذه الآراء المختلفة : الأستاذين احمد نجيب اللؤلؤ وحامد زكى ص ١٧٥ هامش رقم ٣ .

ولا يجوز للمالك الحقيقي أن يضمن في البيع بالإبطال ، إذ أن البطلان لم يتقرر لما يمتدّ على حماية المشتري ، وإنما يرفع دعوى استرداد المبيع من تحت يده حائزاً ، ولا يمتدّ عليه بالبيع فالبيع غير نافذ في حقه (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٠ - بلانيرول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥١) .

(١) وميل الفقه الفرنسي إلى جعل مدى التمتع هنا كدء في ضمان الاستحقاق (بيدان ١١ فقرة ١٠٨ - بلانيرول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٩ ص ٥٣ - أنسيكلوبيدى دالور ٥ لفظ vente فقرة ٤٠٦) .

(٢) استتافات مخطوط ٦ . مارس سنة ١٨٩٦ م ١١ ص ١٦٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٥ ص ٤٤٩ .

(٣) ويكون حسن النية لو جهل ذلك ، حتى لو كان جهله واجباً إلى خطأ جسيم في جانب (بلانيرول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٩ - قانون أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤١ - بيدان ١١ فقرة ١٠٨) .

ذلك أنه أقدم على البيع وهو عالم بأن المبيع غير مملوك للبائع ، فهو الذي يحمل  
ثمة ذلك (١) .

ولا يشترط في جواز المطالبة بالتعويض أن يكون البائع مبيعاً النية ، أي  
أن يكون حالماً وقت البيع أن المبيع غير مملوك له . فحتى لو كان البائع حسن  
النية ، يمتد وقت البيع أنه مالك للمبيع ، لم يمنع ذلك من جواز أن يطالب  
المشتري بتعويض على النحو المتقدم (٢) . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة  
٤٦٨ مدني إذ تقول : « إذا حكم للمشتري بإبطال البيع ، وكان يجهل  
أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع  
حسن النية (٣) » .

ومصدر التعويض ، بحد إبطال البيع ، لا يمكن أن يكون عقد البيع نفسه ،  
فقد زال بالإبطال . وإنما يصح أن يرد مصدر التعويض في حال سوء نية البائع  
إلى الخطأ التقصيري ، وفي حالة حسن نيته إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد

---

(١) استئناف مخطوط ١٢ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٤٧ ص ١٥٠ - أوبري ودو ه  
فقرة ٣٥١ هامش ٤٨ - بردي وسهنا فقرة ١١٩ ص ١١٥ - بلانول وريبير وعامل ١٠  
فقرة ٤٩ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٥ ص ٤٤٩ .  
ولكن يجوز المشتري ، حتى لو كان حالماً وقت البيع بأن المبيع غير مملوك للبائع ، أن يشترط  
في عقد البيع الرجوع بالتعويض على البائع فوق استرداده الثمن إذا انزع المالك الحقيقي المبيع  
من يده - بلانول وريبير عامل ١٠ فقرة ٤٩ ص ٥٣ - أنسيكلو بيدي دالوز ه لفظ *vento*  
فقرة ٤٠٤ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٥ ) - وعلى العكس من ذلك لا يستطيع البائع  
إعلاء نفسه من المسؤولية عن التعويض إذا كان أساس هذه المسؤولية هو الخطأ التقصيري إذ  
لا يجوز الاتفاق على الإفاء من المسؤولية بالتقصيرية ( الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤  
ص ٢٥٢ ) .

(٢) قارن جوسران ٢ فقرة ٤٦-١ مكررة .

(٣) نقض مدني ١٩ نولير سنة ١٩٣١ مجموعة هر ١ رقم ٤ ص ١٣ - استئناف  
مخطوط ١٢ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢١ - ولكن قارن في عهد التقنين المدني السابق وأياً  
يذهب إلى أن البائع حسن النية لا يكون مسئولاً عن التعويض ، استناداً إلى النص الفرنسي  
المادة ٢١٥/٢٣٣ وهو يشترط في التعويض سوء نية البائع ( استئناف مخطوط ٢٧ مايو  
سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ٥١٨ - دي هلتس ه لفظ *vento* فقرة ١٩ - والتون ١ ص ٣٣٩ -  
الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ١٨٦ - فقرة ١٨٨ ) .



(culpa in contrahendo) (١). كما يجوز القول هنا بتحول العقد ، فيتحول بيع ملك الغير بعد إبطاله إلى عقد ملزم للبائع بالتعويض ، على أساس أن التية المحتملة للمتعاقدين قد انصرفت إلى هذا الإلزام لو أنهما كانا يعلمان أن البيع سيطل (٢) .

١٦٣ - وللمشتري أنه يجوز البيع - وهو الفسخ وضمانه  
«مستحقاق» على أن المشتري قد لا يطلب إبطال البيع ، بل يجزئه صراحة أو ضمناً (٣) ، فيقلب البيع صحيحاً ، ويبقى منشأاً للالتزامات في جانب البائع والتزامات في جانب المشتري . ولكن البيع على هذا النحو لا ينقل ملكية المبيع إلى المشتري ، لأن المالك الحقيقي وهو أجنبي عن العقد لا تنقل منه الملكية إلا برضائه . وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٦٦ مدني إذ تقول : «وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ، ولو أجاز المشتري العقد» .

وإجازة المشتري للعقد تزيل قابليته للإبطال ، وتقلبه صحيحاً فيما بين المتعاقدين كما قلنا . فيكون البائع ملتزماً بنقل ملكية المبيع وبتسليمه (٤) وبضمان

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٦ ص ٤٥٥ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥٢ - الأستاذ إسماعيل غانم ص ١٨ .

(٢) ويقول بعض الفقهاء الفرنسيين إن مصدر المسؤولية عن التعويض إذا كان البائع حسن النية هو أنه يعتبر مقصراً إذ باع ما لا يملك ، وإذا كان سيئ النية فصدر المسؤولية هو اغتصابه لملك الغير (sollennat) (بلانيرول وروبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣١٩) . ويقول فقهاء آخرون بأن مصدر التعويض هو خطأ البائع في أنه باع ما لا يملك ، ولكن مسؤولية البائع ليست مسؤولية تعاقدية لأن العقد قد أطل ، ولا هي مسؤولية تقصيرية لأن الخطأ وقع بمناسبة عدم تنفيذ العقد ، ولكنه خطأ يتقدم العقد (précontractuelle) (بيدان ١١ فقرة ٩٨ ص ٦٧ . ويشير إلى رسالة روبيه ليون سنة ١٩١١) .

(٣) ويستخلص الإجازة الفنية من تنفيذ المشتري البيع بخياراً بعد علمه بأن المبيع غير مملوك للبائع ، كأن يقبل المبيع أو أن يدفع الثمن (بوهدى وسينا فقرة ١١٩ ص ١١٢) .

(٤) بلانيرول وبولانجيه وغانم ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥٢ - وهناك خلاف في إلزام البائع بتسليم المبيع ، فقد قلنا أن هناك رأياً يلعب إلى أن البائع أن يدفع دعوى المشتري بالتسليم ولو كان =

الاستحقاق (١) والعيوب الخفية وبغير ذلك من التزامات البائع . ويكون المشتري ملتزماً بدفع الثمن والمصروفات ويتسلم المبيع .  
ولكن لا كان البائع لا يستطيع تفيد التزامه بنقل ملكية المبيع لأنه لا يملكه ، فان المشتري يجوز له في هذه الحالة المطالبة بفسخ البيع ، ويجوز له أيضاً إذا تعرض له المالك الحقيقي أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق (٢) .

### ١٦٤ - يتقلب بيع ملك الغير صحباً بأجله ملكية المبيع الى

البائع : ولا يتقلب بيع ملك الغير صحباً بإجازة المشتري فحسب ، بل هو أيضاً يتقلب صحباً باقرار المالك الحقيقي كما سنرى ، ويتقلب أخيراً صحباً

البائع سبباً ثانية حتى لا يجبر على الاعتداء على ملك الغير (بيد ان ١١ فقرة ١٠٥) . وهناك رأي آخر يذهب إلى وجوب أن يكون البائع حسن النية ليكون له هذا الدفع ، إذ يستلزم متداً أن يضمن في البيع بالنقل (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٧ ص ٧٩ هـ) . انظر أنفاً بقرة ١٦١ .

ولكن إذا سلم البائع المبيع إلى المشتري ، لم يستطع أن يسترده منه ليلسه إلى المالك الحقيقي ، ذلك أنه يضمن تعرضه للشخص (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦٨ ص - ٤٤٧) .

(١) والفرق بين الرجوع بضمان الاستحقاق بعد إجازة البيع والرجوع بدعوى الإبطال دون إجازة البيع ، أن دعوى الاستحقاق لا يرفضها المشتري إلا إذا تعرض له المالك الحقيقي فضلاً وطالبه ببرد المبيع ، أما دعوى الإبطال فيرفضها المشتري حتى قبل تعرض المالك الحقيقي له . حل أن المشتري بعد إجازة البيع وقبل تعرض المالك الحقيقي يستطيع أن يرفع دعوى الفسخ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية المشروعة التمهيد : « وتلاحظ الصلة الوثيقة بين بيع ملك الغير وبضمان الاستحقاق ، لأن الاستحقاق إذا كان كلياً كان هذا هو بيع ملك الغير ، إذ يكون قد اتضح أن البائع قد باع شيئاً مملوكاً لأجنبي . ولذلك تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكملة لأحكام بيع ملك الغير . ويترتب على ذلك أن المشتري في بيع ملك الغير يكون بالتالي ، إذا استحق المبيع في يده ، بين فسخ البيع أو إبطاله أو الرجوع بضمان الاستحقاق . ويلاحظ أنه إذا انتار النسخ ، فليس له أن يطالب البائع حسن النية بتعويض يستطيع أن يطالب به لو انتار لإبطال العقد » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٤ ) .

وتعليل عدم جواز الحكم بتعويض على البائع حسن النية في دعوى النسخ أن العقد إذا أجزئ ثم فسخ ، انظم مصدر التعويض على أساس الخطأ في تكوين العقد إذا أن هذا الأساس يفترض أن العقد لم يتكون ، وعلى أساس التصول إذ أن هذا الأساس يفترض أن العقد نشأ باطلاً أو قابلاً للإبطال وبقي كذلك . فلم يبق إلا أساس الخطأ ، وهذا الأساس أيضاً يستبعد إذا كان البائع حسن النية .

إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد . وهذا ما تنص عليه صراحة  
الفقرة الثانية من المادة ٦٧ مدني ، إذ تقول : « وكذلك ينقلب العقد صحيحاً  
في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد » .

ذلك أنه إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع - كأن ورث البائع المالك الحقيقي  
أو اشترى المبيع منه أو تلقاه وصية أو نحو ذلك - وهو يزال ملتزماً بنقل الملكية  
لأن المشتري لم يتمسك بعد بإبطال البيع (١) ، فإن هذا الالتزام ينقل فوراً  
ما دام العائق الذي كان يحول دون تنفيذه ، وهو انعدام الملكية عند البائع ،  
قد زال وأصبح البائع مالكا . ومن ثم تنتقل الملكية إلى المشتري - بعد التسجيل  
في العقار - بمجرد أبولتها للبائع (٢) . ومتى أصبح المشتري مالكا للمبيع ، لم  
يعد هناك محل لإبطال البيع ، لأن الإبطال تقرر لحماية المشتري وقد أصبح الآن  
في غير حاجة لهذه الحماية . فينقلب البيع صحيحاً ، وذلك بحكم القانون لا بحكم  
الإجازة . ويكون البائع ، بعد أن انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري ، ملتزماً

---

(١) وقد قلنا أنه إذا رفع المشتري دعوى الإبطال قبل أبولة ملكية المبيع إلى المشتري ،  
وجب الحكم بإبطال البيع ولو أصبح المبيع ملكاً لمشتري قبل صدور الحكم النهائي (بردي وسينا  
لقرة ١١٩ ص ١١٤ - ص ١١٥ - بلايول وريير وبرلانجيه ٢ فقرة ٢٢٢١) . وبينما  
أن هناك رأياً يذهب إلى أنه يكفي أن يطلب المشتري إبطال البيع بأية طريقة ولو بمجرد كتاب ،  
دون حاجة إلى رفع دعوى الإبطال ، حتى يتمتع بصحة العقد ولو آلت ملكية المبيع إلى البائع  
قبل رفع دعوى الإبطال ( بلايول وريير وعامل ١٠ فقرة ٥٠ ص ٥٤ - الأستاذ محمد كامل  
مرسي فقرة ٢٢٤ ص ٤٤٦) . وقلنا إن هذا رأى يتعارض مع النص الصريح (٦٧ مدني) .  
وذكرنا أن هناك رأياً آخر يذهب ، على العكس من الرأي المتقدم ، إلى أن البيع يصح بأبولة  
ملكية المبيع إلى البائع ، حتى لو تم ذلك بعد رفع دعوى الإبطال ما دام قد تم قبل صدور الحكم  
لنهائي (جوروار فقرة ١٨٩ - دي هلس : لفظ vente فقرة ١٤) ، وأسنا هذا على المبدأ  
للقاضي بتحريم التصف في استحال حق الإبطال . وانظر أيضاً الأستاذان أحمد نجيب الحلان  
وحامد زكي فقرة ١٧٩ ص ١٧١ ، ولكنهما فيما يتعلق بإقرار المالك الحقيقي لبيع بدهيان إلى  
أن البيع لا يصح إلا إذا صدر الإقرار قبل رفع المشتري دعوى الإبطال (انظر فقرة ١٨١) -  
انظر في كل ذلك ما قلناه آنفاً فقرة ١٦١ في المباحث .

(٢) وينتقل المبيع إلى المشتري بحمل الحقوق التي رتبها عليه المالك الحقيقي قبل أن تنتقل الملكية  
منه إلى البائع (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٠ - الأستاذ محمد كامل مرسي فقرة ٢٢٤  
ص ٤٤٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٤٩ - - الأستاذان أحمد نجيب  
الحلان وحامد زكي فقرة ١٧٩) .

بتعليمه إياه وبضمان الاستحقاق لسبب آخر وبضمان العيوب الخفية . ويكون المشتري من جهته ملتزماً بدفع الثمن والمصروفات وبتسليم المبيع (١) .

### ثانياً - بالنسبة إلى المالك الحقيقي .

١٦٥ - إذا لم يقر المالك الحقيقي البيع : وسواء أجاز المشتري البيع أو لم يجزه ، فإن المالك الحقيقي أجنبي عن هذا البيع ، فلا يسرى في حقه كما قدمنا . ومن ثم يبقى المالك الحقيقي مالكا للمبيع إذا لم يقر البيع ، ولا تنتقل منه الملكية إلى المشتري ولو أجاز المشتري البيع فانقلب صحيحاً . ويتربط على ذلك أنه إذا سلم البائع المبيع إلى المشتري ، فإن المالك الحقيقي يستطيع أن يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق ، وأن يرجع على البائع بدعوى التعويض .

يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق لأنه لا يزال مالكا للمبيع كما قلنا ، فيسترده من تحت يده . بل له فوق ذلك أن يطالبه بالتعويض إذا كان مبيعاً نية . أما إذا كان حسن النية ، فلا يرجع عليه بتعويض ، بل لا يرجع عليه بالتأثر فإن المشتري وهو حسن النية يملك الثمار بالحيازة . ويرجع المشتري مع جانيه على البائع بضمان الاستحقاق أو بدعوى الفسخ أو بدعوى الإبطال على النحو الذي بسطناها فيما تقدم . على أن المشتري قد يملك المبيع ، لا يملك البيع ، ولكن يعيب آخر من أسباب كسب الملكية . فهو إذا كان حسن النية ، يكسب المنقول بالحيازة ، ويكسب العقار بالتقادم القصير . وإذا كان سوء النية ،

---

(١) وقد قلنا أن المشتري قد يكسب الملكية ، لا من طريق أبلوتها إلى البائع ، بل من طريق التقادم أو الحيازة في المنقول ، فيصح البيع في هذه الحالة بعد زوال السبب الذي كان يهدو إلى إبطاله . وذكرنا أن هناك رأياً يذهب إلى أن المشتري في هذه الحالة لا يلزم بالتمسك . يوضع إليه فقد لا يقره سيوره على ذلك ( أنظر آنفاً بقرة ١٥٤ في الخواص ) - وقد يكون البائع قد سبق له التصرف فيها بامه ثم استرد ملكية ، فيصح ماله كما يوضح البيع . وقد قصت محكمة النقض بأنه إذا تمسك المشتري بأن البائع له ، وإن كان قد سبق . أن تصرف في القدر المبيع ، إلا أنه قد استرد ملكية ببدولة عن المقدم قلنا كان تصرفه به فيه وأن البيع الحاصل له هو قد أجازوه من كونه حصل له التصرف أولاً ، فيجب على المحكمة أن تحقق هذا الدفاع . وتفصل فيه بناء على أدلة متبعة حكماً ( لنقض مدني ٨ يورنه سنة ١٩٤٤ مجرعة عمر ٤ رقم ١٤٧ ص ٤٠٣ ) .

يكسب كلامه المنقول والمقار بالتقادم الطويل . فإذا ما كسب المشتري ملكية المبيع بالحيازة أو بالتقادم ، لم يستطع المالك الحقيقي أن يسترده منه (١) .

ومن أجل ذلك كان للمالك الحقيقي أن يرجع على البائع بالتعويض . يرجع عليه بالتعويض إذا ملك المشتري المبيع بالحيازة أو بالتقادم كما قلنا ، فيتقاضى منه ما أصابه من ضرر بسبب فقد المبيع . وكذلك يرجع عليه بالتعويض حتى لو لم يكسب المشتري ملكية المبيع ، ولكن ملك الثمار وهو حسن النية بموجب الحيازة ، فيتقاضى المالك الحقيقي من البائع قيمة هذه الثمار (٢) . ويرجع عليه بالتعويض أخيراً حتى لو لم يملك المشتري المبيع ولا الثمار ، يطالبه بتعويض ما أصابه من ضرر بسبب خروج المبيع من يده . ومصلر التعويض هنا هو خطأ البائع ، فقد تسبب في الإضرار بالمالك الحقيقي ببيع شيء مملوكاً لغيره الأخير ، لاسيما إذا كان البائع بمىء النية فإنه يكون في هذه الحالة متقصداً . ويجوز الرجوع على البائع بالتعويض حتى لو كان حسن النية ، فإن حسن النية لا يفي أن يكون هناك خطأ في جانبه لعدم تحرزه في بيع ما لا يملكه (٣) . لكن إذا ثبت أن البائع كان حسن النية ولم يرتكب أى خطأ ، كأن وجد المبيع مثلاً في تركة مورثه واعتقد بحسن نية أنه قد ورثه فباعه ، لم يكن هناك عمل للرجوع عليه بالتعويض .

## ١٦٦ - أقر المالك الحقيقي البيع : وقد بقر المالك الحقيقي البيع

بالرغم من أنه أجنبي عنه ، وهذه خصوصية في بيع ملك الغير كما قلنا . وهذا الإقرار من شأنه أن ينقل الملكية من المالك الحقيقي إلى المشتري ، إذ زال العائق

(١) بودى وسنيا فقرة ١٢٥ - وانظر أيضاً فقرة ١٥١٤ في الماشى وفترة ١٩٤ في الماشى .

(٢) استئناف مصر ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المصونة الرسمية ٢٣ رقم ١٣٨ .

(٣) فيكون البائع بالرغم من حسن نية مرسماً لتعويض المبيع عليه البائع ، ودعوى تعويض أخرى يرفضها . عليه المشتري كما سبق القول . ودعوى التعويض التي يرجع بها المالك الحقيقي على البائع لا يبدأ حريان التقادم بالنسبة إليها من وقت وضع البائع يده على المبيع ، بل من وقت إتيان الشئ صدر منه للمشتري فهو سبب للتعويض . وتقارن لجنة للام وقت وجوب رده للمالك الحقيقي لا وقت البيع ( استئناف غنط ٣١ مارس سنة ١٩١٢ م ٥٤ ص ١٥٢ ) .

الذى كان يحول دون نقل الملكية برضاء المالك الحقيقى بالبيع . ولذلك يجب تسجيل هذا الإقرار فى بيع عقار الغير . ومتى انتقلت الملكية إلى المشتري ، فقد زال السبب الذى من أجله جعل المشرع البيع قابلاً للإبطال ، فيقلب صحيحاً بإقرار المالك الحقيقى (ratification) كما رأيناه يقلب صحيحاً بإجازة المشتري (confirmation) . بل إن الإقرار أبعد أثراً من الإجازة ، إذ هو لا يقتصر على تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين ، بل يجعل العقد فوق ذلك سارياً فى حق المالك الحقيقى وينقل الملكية إلى المشتري (١) . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٤٦٧ مدنى ، إذ تقول : «إذا أقر المالك البيع ، سرى العقد فى حقه ، وانقلب صحيحاً فى حق المشتري» (٢) .

ويقلب العقد صحيحاً فى حق المشتري من وقت صدوره ، أى أن لإقرار المالك الحقيقى كما لإجازة المشتري فى هذا الشأن أثرًا رجعيًا . ويسرى العقد فى حق المالك الحقيقى من وقت الإقرار ، فلا تنقل الملكية منه إلى المشتري إلا من هذا الوقت وهذا فيما يتعلق بحقوق الغير . ويترتب على ذلك أنه إذا كان المالك الحقيقى قد ترتب حقه عينياً على المبيع قبل إقراره للبيع ، انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري مثقلة بهذا الحق ، ويجاز للمشتري أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق الجزئى (٣) .

- 
- (١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التصديرية ، ص ١٩٢ .  
(٢) استئناف مخطط أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٧ - وقد نقضت محكمة النقض بآن توقيع المالك الحقيقى على عقد البيع الصادر من غيره ببيع ملكه هو باعتباره ضامناً متضامناً مع البائع يعتبر إقراراً بالبيع ، وليس من الضرورى أن يرد الإقرار فى صيغة إقرار صريح (نقض مدنى ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١١ ص ٤٢٣ - أنظر أيضاً نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣١ ص ١٠٩) . ولا يكون إقرار المالك الحقيقى لبيع إقراراً ضامناً بمجرد نفسه للثمن ، بل لا بد أيضاً أن يعرف أن هذا هو ثمن ماله المبيع (استئناف مخطط ٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٢) ، ونقضت محكمة الاستئناف المتضلة بأن وكيل المسجون لا يجوز له أن يبيع ماله والمزكّل مسجون عليه أثناء تنفيذ الحكم ، لذا باع كان البيع مع ملك الغير ، ويقبل إقرار المسجون به تنفيذ مدة العقوبة وذلك للحجر عنه (٢ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٤٦) .  
(٣) بودوى وسينيا فقرة ١٢٥ - بلانلوك وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥٥ ص ٥٤ علشى .  
وص ٥٥ - بيدان ١١ فقرة ١٠٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٢ .

وإذا ما انقلب القدر صحيحاً باقرار المالك الحقيقي ، بقي مرتباً لالتزاماته .  
فيكون البائع ملتزماً بنقل الملكية وقد انتقلت فعلاً باقرار المالك . ويكون ملتزماً  
كذلك بضمان الاستحقاق كما إذا كان المالك قد رتب حقاً عينياً على البيع قبل  
إقراره للبيع ، وملتزماً بضمان العيوب الخفية . أما المشتري فيكون ملتزماً بدفع  
الثمن والمصروفات ويتسلم المبيع (١) .

## § ٢ - بيع المال الشائع

١٦٧ - صور مختلفة : إذا ملك اثنان أو أكثر مالا بخصص معينة  
من غير أن تفرز حصة كل منهم ، فالمال مشاع ، وهم شركاء في الشيوع  
( م ٨٢٥ مدني ) . ولكل كل شريك في الشيوع حصته الشائعة ملكاً تاماً ، وله  
أن يتصرف فيها بجميع التصرفات الجائزة . ويتخذ التصرف في المال المشاع صوراً  
متعددة ، نقت عند ثلاث منها :

(١) ويقول الأستاذ سليمان مرقس : « إن إقرار المالك يمد امتداداً له لما قام به البائع ،  
فيترتب عليه التزام المالك من وقت صدور هذا الإقرار منه بكل ما التزم به البائع ، أي أنه يحل  
في عقد البيع ابتداء من هذا التاريخ محل البائع ، وتقوم العلاقة بينه وبين المشتري مباشرة .  
فيجوز للمالك أن يطالب المشتري بالكن وأن يرضى عليه قسماً المبيع ، ويجوز للمشتري أن يطالب  
المالك بالتسليم وأن يرجع عليه بضمان التعرض أو بضمان العيوب الخفية عند الانتضاء . وترتب  
على إقرار المالك أيضاً أن تبرا ذمة البائع من الالتزامات التي أنشأها عقد البيع ، لأن هذه الالتزامات  
تنتقل كاتقدم إلى ذمة المالك . غير أنه إذا كان البائع قد حصل شيئاً من الثمن ، عليه أن يؤد  
عه إلى المالك حساباً ، وأن يدفع إليه وصية هذا الحساب كما لو كان وكيله عنه في عقد البيع »  
( الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٣ - وانظر أيضاً الأستاذ جيل الثرلوى فقرة ٤٠ ص ٩٧ ) .  
ومقتضى هذا الرأي أن إقرار المالك البيع يحل البائع في حكم النائب عنه ، فيصرف أثر العقد  
إلى المالك بعه أن كان منصرفاً إلى البائع ، وذلك بأثر رجعي من وقت البيع - لا من وقت  
الإقرار إلا في حقوق الغير - ويصح القول هنا إن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة  
( ذي باج ٤ فقرة ٣٢ ص ٦٩ - الأستاذ عبد المنعم البندرلى فقرة ٤٠١ ص ٥٨٦ ) .  
أو يقال إن المشتري ، في حالة إقرار المالك ، يكون له مغبنتان بالتضام ( *in solidum* ) ،  
البائع والمالك ، ويكون هذان كذلك دائنين بالتضام للمشتري ( قانون الأستاذ منصور مصطلق  
منصور فقرة ١١٣ ص ٢٤٦ ) .

١ - فتارة يتصرف الشريك في حصته كما هي شائعة ، فيبيعها مثلاً من شخص آخر ، شريك أو غير شريك . وهذه الصورة لا تثير إشكالا ، وهي الصورة الغالبة في التصرف في المال المشاع (١) . وزجىء الكلام في تفصيلاتها ، فكانه الملكية الشائعة . ويلاحظ أن صاحب الحصة الشائعة المنقولة إذا باعها من أجنبي بطريق الممارسة ، كان لشركائه في هذا المقول الشائع أن يستردوا الحصة المبيعة في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمهم بالبيع أو من تاريخ إعلانهم به ( م ٨٣٣ مدني ) . أما في العقار فلا شركاء الأخذ بالشفعة ، وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن .

٢ - وتارة يتصرف الشريك قبل القسمة في جزء مفرز من المال الشائع أو في كل المال الشائع الذي لا يملك إلا حصة فيه . ونيحث هذه الصورة هنا في إيجاز ، مرجئين التفصيل إلى حين الكلام في الملكية الشائعة في الجزء الخاص بحق الملكية .

٣ - وأخيراً قد يتصرف الشركاء جميعاً في المال الشائع عن طريق بيع التصفية (licitation) لعدم إمكان قسمة المال عيئاً ، ونيحث هذه الصورة أيضاً في إيجاز .

## ١ - بيع الشريك جزءاً مفرزاً من المال للشائع أو كل المال الشائع

١٦٨ - **بيع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع** : إذا باع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع قبل قسمة هذا المال ، فإنه يكون قد باع ما يملك وما لا يملك . ما يملك هو حصته في الشيوع في هذا الجزء المفرز ، وما لا يملك هو حصص سائر الشركاء في هذا الجزء . ويجب لبيان الحكم في هذا القرض أن نميز بين حالتين : فاما أن يكون المشتري عالماً بأن البائع لا يملك الجزء المفرز الذي يبيعه وإنما يملك حصة فيه على الشيوع ، وإما أن يكون غير عالم بذلك ويعتقد بحسن نية أن البائع يملك دون شريك الحصة المفرزة التي باعها .

---

(١) ويختلف المشتري البائع في حصته الشائعة ، وتصح له جميع الحقوق التي للبائع ، ويدخل في ذلك الحق في طلب القسمة وما يترتب على الأثر الكاشف ( بودوي وسيتيا فقرة ١٢١ ص ١١٧ ) .



في الحالة الأولى يكون المفروض أن المشتري قد اشترى من البائع الجزء المفروز أو ما يخل محله مما يقع في نصيب البائع عند القسمة . فإن وقع الجزء المفروز عند القسمة في نصيب البائع فقد خلص للمشتري، وإن لم يقع تحول حق المشتري بحكم الحلول العيني من الجزء المفروز للبيع إلى الجزء المفروز الذي وقع فعلاً في نصيب البائع (١) . وهذا الحكم منصوص عليه صراحة في التقنين المدني الجديد في الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦، إذ تقول : « وإذا كان التصرف منصّباً على جزء مفروز من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة » . ومن ثم لا يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع ، حتى بالنسبة إلى حصص الشركاء الآخرين غير الشريك البائع باعتبار أن البيع الواقع على هذه الحصص هو بيع ملك الغير (٢) . بل يجب أن يتبرص حتى يرى هل يقع عند القسمة الجزء المفروز المبيع في نصيب البائع ، فإن وقع فقد أصبح مالكا له خلوفاً عن البائع ، ومنذ البيع بفضل الأثر الكاشف للقسمة ، وإلا فقد ملك الجزء المفروز الذي وقع فعلاً في نصيب البائع بفضل الحلول العيني الذي نصت عليه المادة ٨٢٦ مدني (٣) .

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٢١ ( بيع بالزاد الجبري ) .  
(٢) قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٧ ص ٤٧١ — ص ٤٧٢ — وذلك لأن البيع الواقع على حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير في أن هذه الحصص قد تقع في نصيب الشريك البائع عند القسمة ، فتصير بفعل الأثر الكاشف لقسمة أنها كانت ملوكة لشريك البائع وقت البيع ، فلا يكون قد باع ما لا يملك . هذا إلى أن المشتري ، وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المفروز الذي يبيعه ، يكون قد أرقض شراء ما ستركز عليه حصة البائع الشائعة بهه القسمة .

(٣) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٤ — الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٦ — وانظر في عهد التقنين المدني السابق : استئناف وطني ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٤٠٨ ص ٢٤٩ — ٧ أبريل سنة ١٩٢٤ المصبوة الرسمية ٢٦ رقم ٨٧ — استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٤٤ — ١٢ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٣٤ ( البيع صحيح إذا أقره بائع لشركاء ) — ٢٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٣٠ — والنظر عكس ذلك في أن البيع باطل بطلاناً مطلقاً : استئناف مصر ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٤ ص ١٩ .  
وقد قست محكمة النقض بأنه ليس ثمة ما يمنع البائع ، وإن كان مالكا على الشيوخ ، أن ==

وفي الحالة الثانية ، إذا كان المشتري مجهول أن البائع لا يملك إلا في الشروع ، فقد وقع في غلط جوهرى متعلق بالعين المبيعة ، إذ كان يعتقد أنها مملوكة للبائع دون شريك . فيكون البيع في حصة الشريك البائع بيعاً مشوباً بغلط جوهرى ، وفي حصص سائر الشركاء بيع ملك الغير ، ومن ثم يكون قابلاً للإبطال في كل المبيع . ويجوز إذن للمشتري ، قبل القسمة ، طلب إبطال البيع ، لا في حصص الشركاء الآخرين فحسب ، بل أيضاً في حصة الشريك البائع . وهذا ما تنص عليه صراحة العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدنى ، إذ تقول : « وللمتصرف إليه ، إذا كان مجهول أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفزعة ، الحق في إبطال التصرف » (١) . ولكن إذا حصلت القسمة قبل أن

== يبيع ملكه مبدئاً مفزعة . وحالة التحديد هذه ، وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على الشروع ، إلا أن ذلك كله لا يبطل عقد البيع ( نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام التقض ٢ رقم ٢٧ ص ١٣٨ ) .

(١) وقد نفقت محكمة استئناف مصر في عهد التقنين المدنى السابق بأن الشراخ والمهاكم اغتفلوا رأياً في حكم المبيع المفروز من مال على الشروع ، وتوى المحكمة الأخذ بالرأى القائل بإبطال البيع طالما لم يثبت أن المشتري كان عالماً بحالة الشروع . ذلك لأن المفروض فيمن يشتري شيئاً محدداً أن يفتنع بها فوراً بغير منازع ، فيبطل البيع موقوفاً على نتيجة القسمة فيه تعليق الملكية على أمور لاحتمالية غير محققة قد يطول أمرها وتستلزم مصاريف كثيرة وجهوداً شاقة ، وليس من العدل تحميل المشتري بها ( ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٦٧ - وانظر أيضاً استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٩١ ) .

ولا يوجه في التقنين المدنى الفرنسى نص يقابل الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من التقنين المدنى المصرى . ومن ثم لا يميز القضاء الفرنسى بين المشتري الذى يعلم بأن البائع لا يملك إلا حصة شائعة والمشتري الذى يعتقد أن البائع يملك المبيع دون شريك ، ففى الحالتين يكون بيع الجزء المفروز قابلاً للإبطال ، لا موقوفاً على شرط هو نتيجة القسمة ، إذ لا يجوز الخلط بين الأثر الكائن فى القسمة والأثر الرجعى للشرط . ويستطيع المشتري أن يطلب إبطال البيع قبل القسمة ، ولا يستطيع البائع ذلك ، وفقاً لأحكام بيع ملك الغير . وكذلك يستطيع الشريك فى الشروع غير البائع استرداد حصته الشائعة فيما باعه شريكه . فإذا دفع المشتري دعوى الإبطال ، جاز له أن يطلب إبطال البيع فى كل المبيع إذا أثبت أنه لم يكن يشتري حصة البائع وحده ، وذلك كما فى الاستحقاق الجزئى ( يبدان ١١ فقرة ١١٠ - فقرة ١١١ ) . وانظر أيضاً فى القانون الفرنسى يودى وسينيا فقرة ١٢١ ( ويذهب إلى أن البيع يكون موقوفاً على نتيجة القسمة فى الحالتين ) - بلايول وريجر وهاتل ١٠ فقرة ٥١ - أنسيكلوبيدى دالوز ه لفظ *vente* فقرة ٣٧٠ - فقرة ٣٧٦ .

يطلب المشتري لإبطال البيع ، فوقع الجزء المفروز المبيع في نصيب البائع ، اعتبر أنه مالك له وقت البيع بفضل الأثر الكاشف للقسمه ، فخلصت ملكيته للمشتري ، وانقلب البيع صحيحاً ، فلم يعد للمشتري الحق في طلب إبطال البيع . وإذا كان بيع ملك الغير ينقلب صحيحاً بصيرورة البائع مالكا للمبيع بعد البيع ، فأولى أن ينقلب البيع في الحالة التي نحن بصددنا صحيحاً وقد اعتبر البائع مالكا للمبيع وقت البيع . أما إذا لم يقع الجزء المفروز المبيع في نصيب البائع ، فإن المشتري يستبقى حقه في طلب إبطال البيع ، ولا يجبر على أخذ الجزء المفروز الذي وقع فعلا في نصيب البائع ، لأن الحلول العيني وفقاً للمادة ٨٢٦ مدني لا يكون إلا حيث يعلم المشتري وقت البيع أن البائع لا يملك في الجزء المفروز إلا حصة في الشيوع (١).

#### ١٦٩ - بيع الشريك كل المال الشائع : وإذا باع الشريك كل

المال الشائع ، وكان المشتري وقت البيع يعتقد أن المال مملوك للبائع وحده ، فإن البيع يكون قابلاً للإبطال في حصة الشريك البائع للخلط الجوهري ، وفي حصص سائر الشركاء لأن بيع الشريك لها هو بيع ملك الغير (٢) .

فإذا كان المشتري يعلم وقت البيع أن البائع شركاء في المال المبيع ، ولم يستطع البائع أن يستخلص ملكية كل هذا المال ، كان للمشتري الحق في طلب فسخ البيع . فإن وقع جزء مفروز من المال المبيع في نصيب البائع عند القسمه ،

---

(١) والمشتري بطبيعة الحال أن يجيز البيع ، فيأخذ الجزء المفروز الذي وقع في نصيب البائع بدلاً من الجزء المفروز المبيع . وليس هذا تحولاً لمقد باطل ، بل هو إجازة لمقد قابل للإبطال (قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٦ ص ١٦٧) .

وهذا كله مفروض فيه أن المبيع جزء مفروز . أما إذا باع الشريك جزءاً شاملاً تجاوزاً فيه نصيبه في الشيوع ، فالبيع غير نافذ منذ البداية فيما جاوز نصيبه . وقد قضت محكمة النقض بأن القول بأن الشريك الذي يملك شاملاً القدر الذي يملكه مفروزاً لا يقبل منه ولا من شركائه الإدعاء بعدم نفاذ البيع في حصصهم مادامت القسمه لم تقع ولم يقع البيع في نصيبهم — هذا القول عليه أن يكون المبيع جزءاً مفروزاً مبنياً من الأموال الشائعة . أما إذا كان المبيع غير مفروز ، وتجاوز البائع مقدار نصيبه للشائع ، فلا يقبل هذا القول (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ بمصر) أحكام النقض ١ رقم ٢٧ ص ٩٢ . وانظر في حالة ما إذا كان الجزء المبيع المفروز أتمل أو أكثر من قيمة الحصة الشائعة : الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٨ - ص ٤٦٩ .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٥ .

كان للمشتري الحق إما في أخذه مع دفع ما يناسبه من الثمن ، وإما في فسخ البيع لتفريق الصفقة . وإذا استطاع البائع استخلاص ملكية المبيع ، كأن حصل على إقرار الشركاء للبيع أو اشترى حصصهم أو انتقلت إليه هذه الحصص بأي سبب آخر من أسباب انتقال الملكية ، لم يعد المشتري الحق في طلب فسخ البيع ، إذ تنتقل إليه من البائع ملكية كل المال المبيع ولا تفريق عليه الصفقة .

### ١٧٠ - أثر البيع في عقود باقي الشركاء : وسواء وقع البيع على جزء

مفروض من المال الشائع أو على كل المال الشائع ، فإن الشركاء الآخرين - غير الشريك البائع - يعتبرون من الغير في هذا البيع بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في الجزء المفروض أو حصصهم الشائعة في كل المال الشائع . وينفذ البيع في حقهم بالنسبة إلى حصة الشريك الشائعة ، فيحل المشتري محل الشريك البائع في هذه الحصة ، ويصبح شريكاً في الشبوع مع سائر الشركاء . فليس لشريك من هؤلاء أن يتعرض للمشتري في حصته الشائعة ، ولا أن يطلب إبطال البيع في هذه الحصة ، ولا أن يدعى الاستحقاق فيها . وإنما يستحق الشريك الجزء المفروض أو المال الشائع إذا وقع في نصيبه عند القسمة ، بفضل الأثر الكاشف لها (١) . وعلى العكس من ذلك

(١) وقد نفتت محكمة النقض في عهد التقنين المذق السابق بأنه إن اختلف الفقهاء والقضاة في حكم بيع الشريك جزءاً مفروضاً من مال مشاع هل يقع صحيحاً في حصة البائع منه وإطلاقاً في حصة شركائه أم يقع منقوضاً هل نتيجة القسمة بين جميع الشركاء ، فإنما وقع اختلافهم هذا في تقرير حكم القصد بين مآله . فن ذهب إلى اعتباره باطلاً لجعل المشتري حق إبطاله من يوم القصد لما فيه من تفريق الصفقة عليه ، ومن رأى أنه بيع موقوف لم يجعل المشتري سيلاً على البائع إلا عند خروج المبيع من حصة بالته بالقسمة . أما في تقرير حكم القصد في حصة المشتري مع من يدعى استحقاق المبيع لنفسه - سواء أكان هذا المدعى شريكاً في المال المشاع أم متلفياً ملكه من شريك فيه حل للمشاع - فلا خلاف في أنه ليس للمستحق أن يدعى الاستحقاق في البيع إلا بعد قسمة المال الشائع ودفع المبيع في نصيبه هو لا في نصيب البائع لذلك المشتري . وإذن لكل ادعاء من قبل ذلك يكون سابقاً لأوانه ، خليفاً بأن تحكم المحكمة فيه بعدم قبوله أو برفضه ( نقض مدني ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ - ٢ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩ ) . ونفتت أيضاً بأن الشريك في الشبوع في التركة أن يبيع حصة محددة ، ولا يستطيع أحد الشركاء الاعتراض حل هذا البيع والادعاء بأنه يستحق المبيع ما دام أن التركة لم تقسم قسمة إفراز ( نقض مدني ٢٠ يونيو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام =

مخصص للمشتري الجزء المقرض أو المال الشائع إذا وقع في نصيب البائع عند القسمة ،  
أو إذا أقر سائر الشركاء البيع قبل القسمة (١) .

## ب - بيع التصفية

(licitation)

١٧١ - متى يكون بيع التصفية : إذا كان هناك شركاء على الشيوع

في مال شائع ، وأراد أحد الشركاء القسمة ، ولم تمكن قسمة المال عيناً ، يبيع

تفصيلاً ١٨٠ ص ١٢٤١ . ونقصت كذلك بأنه ليس ثمة ما يمنع البائع ، وإن كان مالئاً  
على الشيوع ، أن يبيع ملكه محلاً مقرضاً ، وأن حالة التجهيد هذه وإن ظلت موقوفة أو حلقية  
على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على الشيوع ، إلا أن هذا كله لا يبطل عقد البيع .  
ويتجهيل المشتري لعقده تنتقل الملكية إليه ، ويصبح شريكاً له في الشركاء يجب تخصيصه  
في دعوى التصفية إن لم يميز هؤلاء الباقون من الشركاء عقده ، وعمل ذلك فإنه ليس المستحق -  
سواء أكان شريكاً على الشيوع أم متعلقاً بملكه من شريك على الشيوع - أن يدعى الاستحقاق  
في المبيع إلا بعد القسمة ووقف المبيع في نصيبه هو لاق نصيب البائع لذلك المشتري . وهذا الذي  
استقر عليه قضاء هذه المحكمة في ظل القانون المدني القديم هو ما أخذ به القانون المدني الحالي  
في المادة ٦٢٨ منه ( نقض مدني ٢٨ يوتيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٧  
ص ٧٦٠ . وانظر أيضاً استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٨١ -  
استئناف أسيوط ١٣ أكتوبر سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٧٢ - ولكن قارن  
استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٩٤ ) .

(١) نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ الهامة ٧٧ رقم ٣٦٢ ص ٨٦٦ - الأستاذ أنور  
سلطان بقرة ٤١٦ ص ٣٩٩ - وإذا كان المشتري حسن النية يعتقد أن الشريك البائع يملك وحده  
المبيع دون شريك ، فإن البيع الصادر إليه يعتبر سبباً صحيحاً ، فإذا حاز المبيع خمس سنوات  
ملكه بالتقادم القصير حتى فيما يتعلق بمصالح الشركاء الآخرين ، ولم يعد هؤلاء الحق في استرداد  
حصصهم من تحت يده ( نقض مدني ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة محررات ١٥٢ ص ٤٢٢ -  
الأستاذ أنور سلطان بقرة ٤١٦ ص ٣٩٩ حاشي رقم ١ - الأستاذ سليمان مرقس رقم ٢٨٨  
ص ٤٧٣ ) .

وقبل القسمة يملك بقية الشركاء مطالبة المشتري بالاتفاق معهم على طريقة الانقضاء بالمال  
المبيع بعد أن أصبح ملكاً لهم وشيئاً على الشيوع ( استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٥  
الهامة ٤١ رقم ٣١ ص ٤٦ ) . بل إن مطالبة بالقسمة ، فإذا تمت القسمة انحصرت كل منهم  
بما يقع في نصيبه ( الأستاذ سليمان مرقس بقرة ٢٨٨ ص ٤٧٣ ) .

( م ٢٠ - الرميح ج ٤ )

المال ليقتسم الشركاء الثمن بنسبة حصصهم وذلك لتصفية الشيوخ ، ومن أجل هذا سعى هذا البيع بيع التصفية . وقد يشتري المال الشائع أجنبي فيدفع كل الثمن ، وقد يشتريه أحد الشركاء فيدفع الثمن بعد استئزال نصيبه فيه بقدر حصته . ورى من ذلك أن بيع التصفية لا يكون إلا إذا توافر شرطان :

(الشرط الأول) أن يكون هناك حق في الشيوخ ، كحق ملكية شائع أو حق انتفاع شائع ، فإذا ملك الشيء الواحد أو حق الانتفاع فيه عدة ملاك أو عدة منتفعين على الشيوخ ، جاز بيع التصفية (١) . ولا عبرة بسبب الشيوخ ، فقد يكون الميراث كما هو الغالب ، وقد يكون سبباً آخر كما إذا اشترى عدة أشخاص داراً على الشيوخ فيما بينهم أو كان الشيوخ سببه في الأصل عقد شركة مدنية أو تجارية . ويجب أن تكون حقوق المشتاعين من طبيعة واحدة ، كأن يكونوا شركاء في حق ملكية أو شركاء في حق انتفاع . أما إذا وجد من يملك الرقبة ومعه من يملك حق الانتفاع ، فهذا لا يجوز بينهما القسمة ولا بيع التصفية ، لأن الرقبة غير حق الانتفاع . فإذا وجد ملاك شائعون للرقبة ، وكان حق الانتفاع منفصلاً عن الرقبة في يد أحد ملاك الرقبة أو في يد أجنبي ، جاز بيع التصفية في الرقبة لأنها شائعة ، ولا يجوز في حق الانتفاع لأنه غير شائع (٢) . وكذلك إذا كانت الرقبة في يد مالك واحد ، وكان حق الانتفاع لعدة منتفعين على الشيوخ ، جاز بيع التصفية في حق الانتفاع دون الرقبة . أما إذا كانت الرقبة

---

(١) ويصح أن يكون الشيء المملوك على الشيوخ حقاً شخصياً ، كحق المستأجر وحق المورس له بالبيع ، فإذا تعدد أصحاب هذه الحقوق وكانوا في الشيوخ ، أو تركوا ورثة مصلدين ، جاز بيع الحق الشخصي بيع تصفية . كما يجوز بيع الثمن التي لقرعة بيع تصفية ، ويقع ذلك غالباً إذا كانت هذه الديون مشكوكاً في صحتها أو مشكوكاً في ملاءة مليلها ( بوري وسينيا ققرة ٧٢٢ ص ٧٦٦ - ص ٧٦٧ ) .

(٢) فيبقى حق الانتفاع قائماً على الدين كلها إذا بيعت بيع تصفية ، أو قائماً على الأجزاء المفروزة إذا حصلت القسمة حيناً . وهناك رأي يلعب إلى جواز بيع الدين كلها - رقية ومنفعة - بيع تصفية ، ويكون المنتفع حق انتفاع على الثمن . ولكن هذا الرأي غير سليم ، لأن المنتفع لا يجبر على التحول من الانتفاع بالدين إلى الانتفاع بالثمن ما دام حقه غير شائع وليس هناك عمل لقسمة هذا الحق ولا لبيع التصفية قيد ( ديمولومب ١٥ ققرة ٤٩٠ . جيوبر ٢ ققرة ٧٣١ - لوبري ورو ٢ ققرة ٢٢٦ - بوري وسينيا ققرة ٧٢٨ ص ٧٦١ ) .

مملوكة للملاك متعددين في الشيوع ، وكذلك حق الانتفاع ثابت لمستفيدين متعددين في الشيوع ، جاز بيع التصفية في الرقبة منفصلة عن حق الانتفاع ، وبيع التصفية في حق الانتفاع منفصلاً عن الرقبة ، فلا يتلزم الحقان في بيع التصفية .

(الشرط الثاني) أن يكون المال الشائع لا يمكن قسمته عيناً بغير ضرر . وتنص المادة ٨٤٦ مدني في هذا الصدد على أنه « إذا لم تمكن القسمة عيناً ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته ، بيع هذا المال بالطريق المبينة في قانون المرافعات ، وتقتصر الزيادة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع » . وتنص المادة ٧١٨ من تقنين المرافعات على أن « العقار المملوك على الشيوع ، إذا أمرت المحكمة ببيعه لعدم إمكان القسمة بغير ضرر ، يجرى بيعه بطريق الزيادة . . . » . فإذا أمكنت قسمة المال عيناً دون ضرر ، لم يكن هناك محل لبيع التصفية ، بل يقسم المال أجزاء مفرزة طبقاً للإجراءات المقررة في قسمة المال الشائع . أما إذا لم تمكن قسمة المال عيناً لأن طبيعته تستعصى على هذه القسمة كالسيارة والفرس ، أو أمكنت القسمة ولكن بضرر يعود على المال المقسوم إذ تنقص قيمته نقصاً كبيراً كالمنصنع والمبنى ، جاز الانتجاع إلى بيع التصفية (١) .

**١٧٢ - إجراءات بيع التصفية :** إذا اتفق الشركاء جميعاً ، ولم يكن بينهم من هو ناقص الأهلية ، على إجراء بيع التصفية بالممارسة أو بالزاد بطريقة يرسمون إجراءاتها ، جاز ذلك ووجب اتباع ما اتفقوا عليه . وتقول المادة ٨٣٥ مدني في هذا الصدد « للشركاء ، إذا انعقد إجماعهم ، أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها . فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، وجبت مراعاة الإجراءات التي يقرضها القانون » .

---

(١) لن يقبل بيع التصفية ما جاء في المادة ٩٠٦ مدني من أنه « إذا كان بين أموال الحركة مستقل زراعي أو صناعي أو تجاري ما يستجر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها ، وجب تخصيصه حصته لمن يطلب من الورثة إذا كان أقدم على الاضطلاع به . ومن هذا المستقل يقوم بحسب قيمته ، ويستزل من نصيب الوراث في الحركة . فإذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستقل ، خصص لمن يعطى من بينهم أجل قيمة بحيث لا تنقل عن من المثل » .

أما إذا لم يتفق للشركاء جميعاً على طريقة معينة ، أو كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، فانه لا يمكن إجراء بيع التصفية إلا طبقاً للإجراءات المقررة في تقنين المرافعات . وقد رأينا أن المادة ٧١٨ من تقنين المرافعات تنص على أن « المالك المملوك على الشيوع » إذا أمرت المحكمة ببيعه لعدم إمكان القسمة بغير ضرر ، يجرى ببيع بطريق المزايمة بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة من عنده التمجيل من الشركاء » (١) .

ويخلص مما قدمناه أنه إذا لم يكن بين الشركاء من هو ناقص الأهلية ، جاز لهم أن يتفقوا جميعاً على أن تقتصر المزايمة على الشركاء ، فلا يدخل أجنبي في المزاد ، و يرسو المال على الشريك الذي يقدم أكبر عطاء (٢) .

**٢٧٣ - الوكلاء التي ترتب على بيع التصفية :** تختلف هذه الآثار اختلافاً جوهرياً بحسب ما إذا كان مشتري المال الشائع أو من رسا عليه المزاد فيه هو أحد الشركاء ، أو كان أجنبياً . ففي الحالة الأولى يعتبر بيع التصفية قسمة محضة ، وقد وقع المال الشائع كله في نصيب الشريك الذي اشتراه . فان زادت حصته في جميع الأموال الشائعة على الثمن الذي اشترى به ، أخذ الباقي من أموال

(١) وتنص المادة ٧١٩ مرافعات على أن « تشتمل قائمة شروط البيع فضلاً عن البيانات المذكورة في المادة ٧١٣ على بيان جميع الشركاء وموطن كل منهم ، كما يرفق بها فضلاً عن الأوراق المذكورة في المادة ٧١٤ صورة من الحكم الصادر بإجراء البيع » . وتنص المادة ٧٢٠ مرافعات على أن « يعتبر قلم الكتاب بإيداع قائمة شروط البيع للثنتين المذكورتين في المادة ٧١٥ وجميع الشركاء » . وتنص المادة ٧٢١ مرافعات على أن « لكل من الشركاء أن يبيد ما لديه من أوجه الإعلان والملاحظات على شروط البيع ، بطريق الإعراض على القائمة » . وتنص المادة ٧٢٢ مرافعات على أن « طبق على بيع المقار لعدم إمكان تسمة ودلى بيه اعتباراً الأحكام المقررة لبيع مقار النفس وعدم الأهلية والنفالي ، فيما هذا إخبار النيابة العامة بإيداع قائمة شروط البيع » . والأحكام المشار إليها في النص تقتضي بأن تكون إجراءات البيع هي نفس إجراءات بيع المقار بناء على طلب للثنتين ( م ٧١٧ مرافعات ) .

(٢) وتقتضى المادة ١٦٨٧ من التقنين المدني الفرنسي بأن الأصل ألا يدخل في المزايمة « فيه لشركاء » فلا يدخل أجنبي « ما لم يطلب ذلك أحد الشركاء أو ما لم يكن بين الشركاء من هو ناقص الأهلية » ( أنظر في هذه المسألة بلاتول وروبير . وهلم ١٠ فقرة ٢٢٤ ) .



أخرى شائعة بعد قسمتها ، أو من طريق معدل (soulte) للقسم . وإن زاد الغبن على حصة الشريك ، دفع هذا للشركاء الآخرين معدلاً للقسم . أما في الحالة الثانية فيعتبر بيع التصفية بيعاً عادياً صادراً من جميع الشركاء للمشتري ، ونجمرى أحكام البيع في العلاقة ما بينهم وبين للمشتري (١) .

ومما يترتب على هذا الاختلاف في الحكم ما يأتي : (١) يتقاضى على التسجيل رسم البيع ، ويكون ضرورياً لنقل الملكية حتى فيا المتعاقدين ، إذا كان المشتري أجنبياً . ويتقاضى عليه رسم القسم ، ولا يكون ضرورياً لنقل الملكية إلا بالنسبة إلى الغير ، إذا كان المشتري أحد الشركاء . (٢) التصرفات التي صدرت من الشركاء في المال الشائع تنبى إذا كان المشتري أجنبياً ، وتزول إذا كان المشتري أحد الشركاء ، وذلك فيا هذا التصرفات التي صدرت من هذا الشريك . (٣) الثمن يكون مضموناً بامتياز البائع إذا كان المشتري أجنبياً ، وبامتياز للمضام إذا كان المشتري أحد الشركاء . (٤) تسرى أحكام الغبن في البيع أو في القسم ، بحسب ما يكون المشتري أجنبياً أو أحد الشركاء . (٥) تسرى أحكام ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية في البيع أو في القسم ، بحسب ما يكون المشتري أجنبياً أو أحد الشركاء (٢) .

### ٣٥ - بيع المريض مرض الموت

١٧٤ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٧٧ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١٥ - إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بضمن بقل من قيمة المبيع وقت الموت ، فإن البيع يسرى في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة ، داخلها فيها المبيع ذاته .

---

(١) أما في اقتسام الثمن ما بين الشركاء ، فتسرى أحكام القسم . وانظر في حقوق الغير المكسوبة على المال الشائع بالنسبة إلى هذا الثمن بودرى وسينيا لقرة ٧٤٧ .  
(٢) انظر في فروق أخرى تترتب على هذا الاختلاف في الحكم بودرى وسينيا لقرة ٧٤٣ - لقرة ٧٤٦ .

٢ - أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة ، فإن المبيع فيها يجاوز الثلث لا يسرى في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكاملة الثلثين .

٣ - ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٤٩٦ .

وتنص المادة ٤٧٨ على ما يأتي :

« لا تسرى أحكام المادة السابقة إضراراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على العين المبيعة (١) » .

وتقابل هذه التصوص في التقنين المدني السابق المواد ٢٥٤ - ٢٥٦ مكررة / ٣٢٠ - ٣٢٣ (٢) .

#### (١) تاريخ التصوص :

م ٤٧٨ : ورد هذا النص في المادتين ٦٤٣ و ٦٤٤ من المشروع التمهيدى عل وجه يميز بين التصرف الوارث والتصرف لغير الوارث ، حيث كانت الرخصة الوارث غير جائزة في ذلك الوقت ، ثم أجيئت بعد ذلك . وفي لجنة المراجعة عدل النص بحيث أصبح لا يميز بين التصرف الوارث والتصرف لغير واث ، وصار - مع عبارة أضافها لجنة مجلس الشيوخ - مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقم ٥٠٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « فيما يجاوز الثلث » حتى لا تقوم شبهة في أن بيع المريض إذا جاوز ثلث التركة لا يسرى في كل المبيع مع أن الواجب ألا يقف سريانه إلا بالنسبة إلى الزيادة فقط . ولوحظ في هذه اللجنة أن المشرع لم يضع لمريض الموت ترميزاً وضوابط ، فرد على ذلك بأن هذا الموضوع خاص بالأحوال الشخصية ومردده ظهور حق آخر وروثة عند قرب أفول حياة المريض وليس انعدام رضائه . ثم وافقت اللجنة على النص تحت رقم ٤٧٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته ( مجموعة الأعمال التصحيحية ٤ ص ٢١٦ - ص ٢١٩ ) .

م ٤٧٨ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٥ من المشروع التمهيدى عل وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ولكن بغير اشتراط البوض في الكسب بحسب نية . واشترط الموضع في لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقم ٥٠٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٨ ( مجموعة الأعمال التصحيحية ٤ ص ٢١٩ و ص ٢٢١ - ص ٢٢٢ ) .

(٢) التقنين المدني السابق : م ٣٢٠/٢٥٤ : لا ينقل البيع الحاصل من المورث وهو في حالة مرض الموت لأحد ورثته ، إلا إذا أجازة باقي الورثة . م ٣٢١/٢٥٥ : يجوز لمن =

## وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

== في البيع الحاصل في مرض الموت لغير وارث إذا كانت قيمة المبيع زائدة على ثلث مال البائع . م ٢٢٢/٢٠٩ : فإذا زادت قيمة المبيع على ثلث مال البائع وقت البيع ، ألزم المشتري ، بناء على طلب الورثة ، إما بفسخ البيع ، أو بأن يدفع للتركة ما نقص من ثلث مال المتوفى وقت البيع ، والمشتري المذكور الخيار بين الرّجوعين المذكورين . م ٢٥٦ مكررة أهل ، أحكام المادتين السابقتين لا تنص في جميع الأحوال بمقتضى أرباب الرهن على المبيع ، ولا بمقتضى من انتقلت إليهم ملكية المبيع من المشتري بمرض متى كانوا حيا حتى التية .

م ٣٢٢ غلط : أحكام المادتين السابقتين لا تكون مرمية إلا في حق البائع الذي يحكم في أهلية الشخصية بمقتضى قواعد الشريعة المحلية . وفي جميع الأحوال لا تنص أحكام المادتين المذكورتين بمقتضى أرباب الرهن على المبيع ، ولا بمقتضى من انتقلت إليهم ملكية المبيع من المشتري بمرض متى كانوا حيا حتى التية .

[ ويلاحظ على نصوص التقنين المدني السابق ما يأتي : (١) أنها كانت تميز بين التصرف لوارث والتصرف لغير وارث ، إذ كانت الوصية لوارث وقت ذاك لا تجوز . أما التقنين الجديد ، فلا محل فيه لهذا التمييز منذ أصبحت الوصية لوارث جائزة ( المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٢١ ) - (٢) أنها تصرح بعدم سريانها على أجنبي حيث يجب تطبيق قانون أحواله الشخصية ، وذلك لأن أحكام المريض مأخوذة من الشريعة الإسلامية وتتمثل بانتقال أموال المورث إلى الورث وحقوق الورث على هذه الأموال في مرض الموت ، فإذا كان هناك أجنبي لا تسرى في شأن ميراثه الشريعة الإسلامية وجب ألا تسرى أيضاً هذه النصوص في شأنه : فإذن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٢٠ - وقد يؤخذ ما جاء فيها أن أحكام البيع في مرض الموت تسرى على الجميع مصريين أو أجنبيات . ولكن الظاهر أن المذكرة الإيضاحية أرادت القول بأن هذه الأحكام تسرى على جميع المصريين مسلمين أو غير مسلمين ، به دليل إشارتها إلى المادة ١٤٣٨ من المشروع التمهيد التي أصبحت المادة ٩١٥ من التقنين الجديد والتي جاء فيها : تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها ، وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيد : « تسرى الشريعة الإسلامية وما استمد منها من تقنينات وتقريرات على الوصية من ناحية الموضوع . . ويستوى في ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين » . أما الأجنبيات فإن وصاياهم تبقى خاضعة من حيث الموضوع لقانون الموصي (م ١٧ مدني) : انظر الأستاذ سليمان مرقس بقرة ٢٠٣ . الأستاذ محمد كامل مرسى بقرة ٢٦٤ ص ٥٠١ - ص ٥٠٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر بقرة ٢٤٤ - (٣) وردت أخطاء مادية وقانونية في هذه النصوص صححها لنفسه في عهد التقنين المدني السابق . وهذه الأخطاء هي : أولاً - خطأ مادي عظماء مرست المادة ٢٥٦ مكررة/ ٣٢٢ أحكام التصرف السابقة عليها لتفني من أثرها ، فالتصرفت على ذكر « المادتين السابقتين » ، وكان الواجب أن تقول « المواد الثلاث السابقة » . ثانياً - ذكرت النصوص قيمة المبيع ، والصحيح فرماً المقتل المأبى به فقط . ثالثاً - ذكرت النصوص أنه ينظر في تقدير التركة إلى وقت البيع ، والصحيح ==

المادتين ٤٤٥-٤٤٦ - وفي التفتين المدني الليبي المادتين ٤٦٦-٤٦٧ -  
وفي التفتين المدني العراقي المادة ١/١١٠٩ - وفي تفتين الموجبات والعقود اللبناني  
لا مقابل (١) .

ونبين : (١) ماهو مرض الموت وتقييده لتصرفات المريض (ب) أحكام  
البيع في مرض الموت .

== شرعاً أن ينظر في تقديرها إلى وقت الموت لا إلى وقت البيع ، وإن كان الوفاة في كثير من  
الأحوال يتقاربان . أنظر في التوفيق مابين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام التفتين المدني السابق  
مذكراتنا في البيع فقرة ١١٥ . وانظر في بيع المريض في عهد التفتين السابق : الأستاذين أحمد  
نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٢٩٦ - فقرة ٢١٧ وفترة ٢٢٠ - فقرة ٢٢٢ - الأستاذ  
محمد كمال مرسى فقرة ٢٦٠ - فقرة ٢٦١ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٩ ص ٤٨٢ -  
المذكورة الإيضاحية للشروح المهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٠ - استئناف  
أسبوط ١٧ أبريل سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٢/٨٤ ص ٢٠٠ - استئناف مصر  
٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤/٤٣٠ ص ٨٢٨ - ١٨ يونيو سنة ١٩٣١  
المحاماة ١٢ رقم ٢٩٣ ص ٥٣١ ] .

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٤٤٥-٤٤٦ (مطابقان  
للمادتين ٤٧٧-٤٧٨ من التفتين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ  
مصطفى قرزقا فقرة ٢٩٦ - فقرة ٣٠٣ ، وبوجه خاص فقرة ٢٩٩ حيث يذكر أنه صدر  
في سورية بعه التفتين المدني قانون الأحوال الشخصية وجاءت المادة ٢٣٨ منه بمنع الوصية  
لأودع ، فوجب أن يراعى ذلك في أحكام بيع المريض مرض الموت ) .  
التفتين المدني الليبي م ٤٦٦-٤٦٧ (مطابقان للمادتين ٤٧٧-٤٧٨ من التفتين  
المدني المصري) .

التفتين المدني العراقي م ١/١١٠٩ : كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض  
الموت مقصود به التبرع أو الهبة يعتبر كله أو يقدر ماله من هبة أو تصرفاً مقصوداً إلى ما به  
الموت ، وقضى عليه أحكام الوصية ( أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الدنون  
فقرة ٤٠٣ - فقرة ٤١٤ ) .

تفتين الموجبات والعقود اللبناني : لا يوجد في تفتين الموجبات والعقود اللبناني نصوص  
مقابلة لنصوص التفتين المدني المصري . وقد ورد فيه - حل غرار التفتين المدني الفرنسي -  
نص ( من المادة ٥١٦ ) يحرم حل الطبيب قبول هبة من مريض في مرض الموت ليس من  
أقرباء الطبيب . وقد نقتل المادة ٩٠٩ من التفتين المدني الفرنسي . بطلان - رفات الحاصلة  
في مرض الموت لأهلها والتسادة ورجال الدين .

## ١ - ماهو مرض الموت وتقييده لتصرفات المريض

**١٧٥ - ماهو مرض الموت :** يجب في تحديد مرض الموت الرجوع إلى الفقه الإسلامى مفسراً بقضاء المحاكم . وقد جاء فى الفتاوى الهندية : « المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائج نفسه وهو الأصح ، كذا فى خزائن المفتين . حد مرض الموت تكلموا فيه ، والمختار للفتوى أنه إذا كان الغالب منه الموت كان مرض الموت ، سواء كان صاحب فراش أم لم يكن ، كلفا فى المضمرات (١) . وجاء فى ابن عابدين : « فى الهندية المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائجه خارج البيت وهو الأصح ٥١ . وفى الإسماعيلية من به مرض يشكى منه وفى كثير من الأوقات . يخرج إلى السوق ويقضى مصالحه لا يكون به مريضاً مرض الموت (٢) » . ونصت المادة ١٥٩٥ من مجلة الأحكام العدلية - وهى تقنين لفقه الجثنى - على ماأتى : « مرض الموت هو الذى يطلب فيه خوف الموت ، ويميز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الأنثى ، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة ، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن . وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة ، كان فى حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتمرضه ويتغير حاله . ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضى سنة ، بعد حاله اعتباراً من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت (٣) » .

(١) الفتاوى الهندية ٤ ص ١٧٦ .

(٢) ابن عابدين ٤ ص ٧٠٧ - ص ٧٠٨ .

(٣) وهذه هى تصور مرشد الخيران فى البيع فى مرض الموت : م ٣٥٨ - بيع المريض فى مرض موته لو ارثته موقوف على إجازة بقية الورثة ولو كان ضمن المثل فإن أجازه يتارة وإن لم يجزه يظل - م ٣٥٩ - يجوز بيع المريض فى مرض موته لغير وارثه ضمن المثل أو بغير يسر ، ولا يحد الثمن اليسير بمأهالة عند عدم استغراق الدين - م ٣٦٠ - إذا باع المريض فى مرض موته لغير الوارث بغير فاحش نقصاً فى الثمن ، فهو مأهالة تستبر من ثلث ماله . فإن خرجت من ثلث ماله بعد الدين ، بأن كان الثلث يفي بها لزم البيع ، وإن كان الثلث لا يفي بها بأن زادت عليه بغير المستوى بين أن يبلغ كورثة الزوجه لإكمال ما نقص من الثمن أو يفسخ البيع .

ويؤخذ مما تقدم أن هناك شروطاً ثلاثة ليكون المرض مرض موت :

(١) أن يتعد المرض المريض عن قضاء مصالحه . (٢) وأن يغلب فيه الموت .

(٣) وأن يتهدد بالموت فعلاً . فهذه العلامات مجتمعة - وكلها أمور موضوعية - من شأنها أن تقم في نفس المريض حالة نفسية هي أنه مشرف على الموت . ولا كان الفقه الإسلامي يقف عند الضوابط الموضوعية ، ويستدل بها على الأمور الذاتية ، فانه يكتفي بهذه العلامات المادية ليستخلص منها أن المريض وهو يتصرف كانت تقوم به حالة نفسية هي أن أجله قد دنا ، فيفسر تصرفه في ضوء هذه الحالة ، ويفترض أنه إنما يوصي ، فيجعل لتصرفه حكم الوصية . ولا حاجة بعد ذلك إلى التفتيش عن خفايا نفس المريض واستكناه ما يضمرة ، فهذا بحث عسير إن لم يكن متعلاًراً ، ويكتفي أن تقوم هذه العلامات المادية أمارات على حالة النفسية ، فتقف عندها ، ولا نذهب في البحث إلى مدى أبعد من ذلك . على أنه إذا وجد شخص في هذه الحالة النفسية لسبب غير المرض ، كالحكموم عليه بالإعدام ومن حوصر في حرب ، فانه يعتبر في حكم المريض ، متى كان هذا السبب هو أيضاً خاضعاً للضوابط المادية .

فنستعرض شروط مرض الموت الثلاثة ، ثم نستعرض حالة الأصحاء الذين تقوم بهم حالة نفسية تجعلهم في حكم المرضى .

### ١٧٦ - المرض يقع المريض عن قضاء مصالحه : يجب أن يجعل المرض

المريض عاجزاً عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها ، كالذهاب إلى السوق وممارسة أعمال المهنة إذا لم تكن شاقة وقضاء الحوائج المنزلية إذا كان المريض من الأناث (١) . وليس واجباً ، ليكون المرض مرض موت ، أن يلزم المريض العراش ، فقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزاً عن قضاء مصالحه (٢) .

---

(١) استئناف مصر ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ١/٤٨٦ ص ٧٩٦ - استئناف مخطوط ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٢ ص ١٣٥ .

(٢) ولا مرة بانتقال المريض مرض الموت بنفسه إلى المحكمة للتصديق على العقد الصادر منه ، لأن الكاتب المختص بالتصديق غير مقيد بإثبات حالة البائع ( استئناف مصر =

وعلى العكس من ذلك قد يكون الإنسان عاجزاً عن قضاء مصالحه ، ولكن لا بسبب المرض ، فلا يعتبر في مرض الموت . فقد يصل الإنسان إلى سن عالية في شيخوخته يجعله غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة ، ويكون في حاجة إلى من يعاونه عليها ، وليس به من مرض وإنما هي الشيخوخة أو هتته ، فهذا لا يكون مريضاً مرض الموت ، ويكون لتصرفاته حكم تصرفات الأصحاء (١) . أو يكون عاجزاً عن مباشرة الشاق من أعمال مهنته بسبب المرض ، كما إذا كان محترفاً حرفة شاقة لا يستطيع مباشرتها إلا وهو في كامل عافيته ، فيعده مرضه عن ذلك دون أن يعجزه عن مباشرة المألوف من الأعمال بين الناس ، فلا يكون في هذه الحالة مريضاً مرض الموت .

١٧٧ - ويقلب في المرض خوف الموت : ولا يكتفى أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه ، بل يجب أيضاً أن يقلب فيه خوف الموت ، فيكون مريضاً خطيراً من الأمراض التي تنتهي عادة بالموت ، أو يكون مريضاً بدأ بسيطاً ثم تطور حتى أصبحت حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت . أما إذا كان المرض لم يصل إلى هذا الحد من الخطورة ، فإنه لا يعتبر مرض موت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه . مثل ذلك أن يصاب الإنسان بمرض في عينيه فيعجزه عن الرؤية ، أو بمرض في قلبه فيعجزه عن المشي ، فلا يستطيع قضاء مصالحه ، ولكن المرض يكون من الأمراض التي يشفى منها المريض عادة ولا يقلب فيها خوف الموت . فهنا لا يعتبر المريض في مرض الموت وإن عجز

---

١ - مايو سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ ، رقم ٤/٢٢٠ - ص ٤٤٠ - قارن مع ذلك حكم المحكمة العليا الشرعية في ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٤ الحاماة الشرعية هـ ( ص ٤٠٣ ) . وقد يجازف المرض مرض الموت بالخروج من بيته لقيام بعض أعمال فردية ، كالمقصود أمام محكمة المجمع الدفاع عن نفسه في حجة تبديد ( محكمة مصر ٢٩ مايو سنة ١٩٣٧ الحاماة ٩ رقم ٦/٥٣٩ ص ٩٩٦ ) . (١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الشيخوخة ليست مرض الموت ، وإنما هي دور من الأدوار الطبيعية لحياة الإنسان . أما مرض الموت فهو المرض الذي يمتري الإنسان شيئاً أم شأباً ، ويقتضى بالموت ، بحيث يشعر الحساب منه بقرب انتهاء أجله ( ٢٠ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٢ ص ٦١ - وانظر أيضاً استئناف وطني ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٤٨ - استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٦ الحاماة ١٧ ص ٥٤٦ - في سوريه ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ الجريدة القضائية ١١٢ ص ١٨ ) .

عن قضاء مصالحه ، لأن المرض لا يطلب فيه الهلاك ، فتكون تصرفات المريض في هذه الحالة حكمها حكم تصرفات الأصحاء (١). وكذلك الأمراض المزمنة ، إذا طالت بحيث يطمئن المريض إلى ابتعاد خطر الموت العاجل ، لا تكون في هذا الوقت مرض موت ، وتستبعد إلى بيان ذلك .

وقد ظهر مما قلناه أن الشرط الأول وهو قعود المريض عن قضاء مصالحه ، لا يفتى عن الشرط الثاني وهو أن يطلب في المرض خوف الموت . ولكن هل يفتى الشرط الثاني عن الشرط الأول ؟ هناك رأى يذهب إلى أنه يفتى ، فيكنى أن يطلب في المرض خوف الموت دون حاجة إلى قعود المريض عن قضاء مصالحه (٢) . وهناك رأى آخر يستقي الشرطين معاً ، ويجعل الأصل

(١) وقد جاء في شرح الأستاذ سليم باز العامة ١٥٩٥ من المجلة في خصوص شرطي القعود عن قضاء المصالح وطلب الموت ما يأتي : « مرض الموت هو الذي يطلب فيه خوف الموت ، ويميز مع المريض عن رغبة مصالحه عاجلاً من دأره إن كان من الذكور كمنز الفقير عن الإتيان إلى المسجد وعجز السوق عن الإتيان إلى دكانه . قال في رد المحتار ينبغي أن يكون المراد العجز عن ترحيل ذلك من الإتيان إلى المسجد أو الدكان لإقامة المصالح القريبة في حق الكل ، إذ لو كان معتزلاً بمجرة شاقة ، كما لو كان مكارياً أو حلالاً على ظهره أو دقاً أو نجاراً أو نحو ذلك ما لا يمكن إقامته مع أدنى مرض ، وعجز عنه مع قعوده على الخروج إلى المسجد والسوق ، لا يكون مريضاً وإن كانت هذه مصالحه . وإلا لزم أن يكون عدم القدرة على الخروج إلى الدكان البيع والشراء مثلاً مريضاً وغير مريض بحسب اختلاف المصالح ، فتأمل . ثم هذا إذا ظهر في حق من كان له قدرة على الخروج قبل المرض ، أما لو كان غير قادر عليه قبل المرض فكبير أو علة في رجليه فلا يظهر ، فينبغي اعتبار غلبة الهلاك في حقه . وهو ما قاله أبو اليث من أن كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضاً مرض الموت ، بل العبرة بطلب الهلاك ، لو انفاب من هذا المرض الموت ، فهو مرض موت وإن كان يخرج من البيت . ويبنى اعتداله لما علمت من أنه كان يفتى به المصدر التجهيد ، وأن كلام محمد يدل عليه ، ولاطراده فيما كان عاجزاً قبل المرض . ويؤيده أن من ألقى بالمريض ، كمن بارز رجلاً ونحوه ، إنما اعتبر فيه غلبة الهلاك دون العجز عن الخروج ... قال في الدر المختار وفي حق المرأة أن تخرج عن مصالحها داخل البيت كما في الجوازية ، ومنه أنه لو قدرت على نحو الطبخ دون صعود السطح لم تكن مريضة ، قال في التهر وهو الظاهر ٥١ . ٥ ( شرح سليم باز ص ٨٨٧ - ص ٨٨٨ ) .

(٢) أنظر في هذا المعنى ما نقلناه في الحاشية السابقة من شرح الأستاذ سليم باز (ص ٨٨٧ - ص ٨٨٨) . وأنظر أيضاً الأستاذ محمد كابل مرسى بقرة ٢٥٣ ص ٤٨٠ . وأنظر استئناف وطى ٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٠ ص ١٧٤ - محكمة مصر ١٤ يولييه سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ١٥٣ .



فيها هو أن يقلب في المرض خوف الموت ، أما يعود المريض عن قضاء مصالحه فهذه هي العلامة المادية التي تشعر المريض بأن المرض يهدده بالموت . ويفنى عن هذه العلامة المادية أية علامة أخرى تنبئ عن هذا الشعور ، فبقى ثبت قيام هذا الشعور بنفس المريض كان هذا كافياً ولو لم يقعد المريض عن قضاء مصالحه . ومقتضى هذا الرأي الآخر أنه لا يمكن أن يقلب في المرض خوف الموت ، بل يجب أيضاً أن يشعر المريض بذلك ، وعوده عن قضاء مصالحه ليس إلا وضعاً مادياً يدل على شعوره بذلك (١) .

## ١٧٨ - وينتهي المرض بالموت قصير : ويجب أخيراً أن ينتهي

المرض بالموت فعلاً (٢) . فإذا أصيب شخص بمرض أعمده عن قضاء مصالحه ، وغلب فيه خوف الموت ، ولكنه مع ذلك يرى منه ، وكان قد تصرف في ماله أثناء المرض ، كان حكم تصرفه هذا هو حكم تصرف الأصحاء . وري من ذلك أن المريض بمرض يقعد عن قضاء المصالح ويقلب فيه خوف الموت إذا تصرف في ماله أثناء هذا المرض ، كان تصرفه معتداً به حال حياته ، ولا يجوز للورثة الاعتراض عليه ما دام المريض حياً . فإذا انتهى المرض

(١) والأستاذ سليم باز ينقل ما يوفق بين الشرطين على هذا النحو : « ولأن بعض من يكون مطمئناً أو به استماتة قبل غلبة المرض عليه قد يخرج لقضاء مصالحه مع كونه أقرب إلى الهلاك من مريض ضعف عن الخروج لصداق أو مزال مثلاً . لكن مقتضى قول بعضهم أنه لو كان مريضاً مقلب من الهلاك ، لكنه لم يميزه من مصالحه ، كما يكون في ابتداء المرض ، لا يكون مريضاً . وقد يوفق بين القولين بأنه إن لم أن به مرضاً مهلكاً غالباً وهو يزداد إلى الموت فهو المختار ، وإن لم يعلم أنه مهلك يستبر المختار عن الخروج للمصالح ، هذا ما ظهر في ٨٨٠ . ملخصاً » شرح المجلة ص ٨٨٧ - ص ٨٨٨ ) - وقد قضى بأن اللصاح بالبول السكري إصابة غير خطيرة لا يعتبر مريضاً مرض الموت ، إذا ثبت أنه لم يكن عند وقت صدور التصرف منه شعور يدنو أجله ، وإن كان يباشر أثناء مرضه أعماله الخصوصية وهو في منزله ( استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٠٧ - استئناف مصر ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الحامية ٨ ص ٢١٤ ) :

(٢) ولولم يكن الموت بسبب المرض ، كان قتل المريض أو غرق . ذلك أن المريض وقت أن تصرف كان يشعر بدنو أجله ، ولولم يمض بهذا السبب الفارغ لمات بسبب المرض ( الأستاذ عبد المنعم البراوي فقرة ١٧ ص ٦٠٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٩ ص ٢٩١ - الأستاذ مصطفى الزمراني فقرة ٢٩٧ ) .

بالموت (١) ، تبين عند ذلك أن التصرف وقع في مرض الموت ، وبجاز الطعن فيه على هذا الأساس . وإذا شق المريض ، تبين أن التصرف الذي صدر منه لم يقع في مرض الموت ، فلا يجوز الطعن فيه بذلك من الورثة (٢) . ولكن يجوز لمن صدر منه التصرف نفسه أن يطعن في تصرفه بالغلط في الباعث ، بأن يثبت أنه إنما تصرف وهو معتقد أنه في مرض الموت ولو اعتقد أنه سيشفى ما كان ليتصرف ، ففي هذه الحالة يكون التصرف قابلا للإبطال للغلط ويجوز للمتصرف أن يطعنه لهذا العيب .

وقد بطول المرض ، بأن يكون من الأمراض المزمنة كالشلل والسيل ، ثم ينتهي بالموت ولكن بعد مدة طويلة . والقاعدة في هذه الأمراض المزمنة أنها لا تعتبر للوهلة الأولى مرض موت إذا طال دون أن تشتد ، بحيث يطعن المريض إلى أن المرض قد وقف سيره ، ولم يعد هناك منه خطر داهم . وهذا حتى لو كان المرض قد أقعد المريض عن قضاء مصالحه وألزمه القرائش ، ما دام لم يعد يغلب فيه خطر الموت العاجل . لكن إذا اشتد المرض بعد ذلك ، وساءت حالة المريض حتى أصبحت تنذر ببلوغ الأجل ، واستمر المرض في الاشتداد حتى انتهى بالموت فعلا ، فإنه يعتبر مرض موت من الوقت الذي اشتد فيه (٣) . وهناك رأى في الفقه الإسلامي - أخذت به الحيلة - يقدر المدة التي يطول فيها المرض ويستقر فلا يعود يخشى منه خطر عاجل بسنة ، فإذا طال المرض الزمن سنة دون أن يشتد لم يعتبر مرض موت . وإذا اشتد المرض بعد

---

(١) حل أن يموت المريض من وقت صدور التصرف إلى عتق الموت (استئناف وطني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٥ المحرق ٢٥ ص ٥) . فإذا انتهى بمرض آخر (دستوريا حادة) هو الذي انتهى بالموت، لم يكن المرض الأول مرض موت (استئناف مغلط: ٢٨ مارس سنة ١٩١٨م ٢٠١ ص ٣١٦) .

(٢) فجميع تصرفات المريض نافذة حال حياته ، ولا يجوز الورثة أن يطعنوا فيها إلا بعد الوفاة (الاستاذان أحمد نجيب الحلال وسامد زكي فقرة ٢٠٨ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٤٩٣ هامش رقم ٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤١٨) .

(٣) وقد نقضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأن السيل ، وإن كان من الأمراض التي تطول مدتها ، إذا دخل في دور جديد واشتدت وطأته ، يحصل تصرفات المريض في ذلك الوقت قابلة للبطلان (١٣ أبريل سنة ١٩١٢ المحرق ٣٣ ص ٥٩) - ونقضت محكمة مصر الوطنية بأنه لا يصح مرض موت تصلب الشرايين وإصابة القلب والكلى ، فهي من الأمراض المزمنة التي =

ذلك حتى انتهى بالموث فعلا قبل انقضاء سنة من اشتداده ، اعتبر في هذه الفترة مرض موت (١) . وقد أخذ القضاء المصري بهذا الرأي في أكثر أحكامه (٢) ،

== لا يصح اعتبارها في الأصل مرض موت لبطء سيرها وعدم إحساس المريض بتطورها، ولكن إذا اشتدت فجأة وشعر المريض بتفاقم خطورتها اعتبرته مرض موت ( ٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ الهامة ٩ رقم ٥٣٩ ص ٩٩٦ ) - وقضت محكمة مصر بأنه لا يعتبر مرض موت احتياص البول وتضخم البروستاتا ما لم يثبت أن هذا المرض المزمن قد تزايد فجأة وانتهى بالموث ( ٤ مايو سنة ١٩٣٧ الهامة ١٨ رقم ٧٤ ص ١٥٥ ) - وقضت أيضاً بأنه لا يعتبر مرض موت الالتهاب الشعبي المزمن ما لم يتزايد ( ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ الهامة ٢٠ رقم ١١١ ص ٣٠٤ ) - وقضت أيضاً بأن اليرير المصسوب بمنزلة شمية ، ولو توفى به شخص فجأة في سن يندر في الجليل الخاضع تجاوزها ، لا يعتبر مرض موت ، لأن هذا المرض ذاته قابل للشفاء وغير مانع للمريض من مباشرة أعماله في الفترات التي تتخلل التريبات ( ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٣٨ ص ٥٨ - المحكمة العليا الشرعية ٧ مايو سنة ١٩٣٥ الهامة الشرعية ٦ رقم ١٤٧ ص ٥٦٠ ) - وقضت أيضاً بأن مرض الموت يجب أن يكون هو المرض الذي أحدث الوفاة ، أو هو المرض الذي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالمرض المباشر الذي أحدثها بحيث تصعب التفرقة بينهما . ويجب أن يكون المرض مستمراً وحالة المريض تسوء تدريجياً دون أن يتخللها فترات تحسن واضحة ، فإذا كان هناك مثل هذه الفترات اعتبر بدء المرض متقطعاً مع تأليف بدء الانتكاس الأخير . وحينما يكون الشخص مريضاً بمرض غير يثبت سناً ، ولكن نشأ من هذا المرض مرض آخر يثبت ، فهذا المرض الأخير لا المرض الأول هو الذي يعتبر مرض موت ( ٧ مايو سنة ١٩٣٢ الهامة ١٤ رقم ١١ ص ١٧ ) . وقضت أيضاً بأن الإصابة بمرض السكر إصابة غير خطيرة لا تعتبر مرض موت ( ١٢ يناير سنة ١٩١٦ الشرع ٣ رقم ١٠٧ ص ٣٦٢ ) .

(١) وقد جاء في شرح المهلة حل المادة ١٥٩٥ للأستاذ سليم باز : « وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة ، كان في حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ، ما لم يشغ مرضه ويغير حاله . فظهر من هذا أن مرض الموت مقيد بغير الأمراض المزمنة التي ظلت ولم ينف منها الموت ، كالفالج ونحوه ، وإن سيرته ذات فراق ومنته عن الغضب في حوائجه . فلو أصاب رجلاً فالج فذهب لسانه ، أو مرض قل يقدر على الكلام ، ثم أشار إلى شيء أو كتب شيئاً ، وقد تقدم ذلك وطال سنة ، فهو بمنزلة الأغرس الصحيح ، وكذا صاحب السل إذا آلى عليه سنة ، فهو بمنزلة الصحيح . ولكن لو اشتد مرضه ، وتغير حاله ، ومات قبل مضي سنة ، يمد حاله اعتباراً من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت ( شرح المهلة للأستاذ سليم باز ص ٨٨٨ ) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يعتبر مريضاً موزع السرطان أو السل إذا أنه عطل أكثر من سنة قبل أن يأتي على حياة المصاب به ، وعلى الورثة أن يثبت أن المورث الذي مات بمرض السرطان أو السل لم يمكث مرضه أكثر من سنة ( ١٨ يونيو سنة ١٩١٧ الجمعية =

واكتفى في بعض آخر بأن يطول المرض مدة كافية ليتولد في نفس المريض السكون إلى حالته والشعور بأنه لم يعد معرضاً لخطر الموت العاجل ، سواء طال المرض سنة أو أكثر أو أقل . وكذلك يكن أن يشتد المرض ويعطرد في الشدة حتى يتولد في نفس المريض أنه عاد مهدداً بالموت في أى وقت ، ليكون المرض مرض موت من وقت اشتداده ، حتى لو بقى مشتداً مدة أطول من سنة ولم يمت المريض إلا بعد انقضائها (١) .

### ١٧٩ - الوصية الزمنية تقوم بمهمة نفسية تجعلهم في حكم

**المرضى مرض الموت :** وقد قلنا أن الشروط الثلاثة المتكاملة ليست إلا أمانة مادية على قيام حالة نفسية بالمريض تجعله يعتقد بدنو أجله . فأي حالة أخرى مادية غير المرض تجعل الإنسان يعتقد بدنو أجله يكون من شأنها أن تثير في نفسه هذه

== الرسمية ١٩ رقم ١٠٠ ص ٢٢٩ - وانظر أيضاً : استئناف وطني ٨ مايو سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٩٩ ص ٢٢٧ - ٤ يونيو سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٢ ص ١٨٥ - ٢٣ يونيو سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٣ ص ٢٣١ - ١٧ يناير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ٩٣ رقم ٣٦ ص ٧٠ - ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٢٣ ص ٥٦ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الحاماة ٨ رقم ٢/٢٣٤ ص ٢٣١٤ - ١٩ مارس سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ١/٨٤ ص ١٤٣ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٠ الحاماة ١١ رقم ٩١ ص ١٥٠ - استئناف مخطوط ١٦ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٥ - ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥٣ .  
ويحسب حساب السنة من وقت اشتداد المرض إلى وقت الموت ( استئناف مخطوط ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م ٣٥ ص ٥٤٥ - ٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٣٩ - ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٨٢ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٨ - ٣ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٢ - أول مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٣٠ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٥ ) .

(١) وقد قلست محكمة الإستئناف الوطنية بأن المرض يعتبر مرض موت ولو وقع منذ أكثر من سنة قبل الوفاة إذا كان قد أخط دائماً في الازدياد لغاية الوفاة ، ولم يثبت أنه تحصل تحسناً محسوساً في خلال هذه المدة . أما التفسير للقاضي يتجمله المدة القانونية لمرض الموت الذي يقع في السنة السابقة لم الوفاة وليس تحديداً حتمياً ، ولكنه ينطبق فقط على الأحوال التي يكون فيها المرض طويلاً فيشتد طويلاً إلى درجة الخطورة وتارة يعود المريض إلى صحته . أما المرض الذي يأخذ سيراً مستعراً بغير تحسن محسوس في مدته ، بل يتشبه بمر الازدياد وينتهي بالموت ، فهو مرض الموت مهما كانت مدته (٩ فبراير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٨٦ ص ١٧٣) .

الحالة بالذات ، وتكون لتصرفاته حكم تصرفات المريض مرض الموت ولو أنه لم يكن مريضاً أصلاً . فلهلكوم عليه بالإعدام وينتظر التنفيذ ، ومن كان في سفينة على وشك الفرق ولم تنبأ له وسائل الانقاذ ، ومن داهمه حريق لا سبيل للنجاة منها ، ومن حوصر في حرب وأيقن أنه مقتول ، ومن عقد نية حل الانتحار ، كل هؤلاء أحمده ليس بهم مرض ، ولكنهم يعتبرون في حكم المرضى ، ويكون لتصرفاتهم وهم في هذه الحالة حكم التصرفات الصادرة في مرض الموت (١) .

١٨٠ - اثبات مرض الموت : ومرض الموت بالشروط المتضمنة الذكر والحة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الاثبات ، ومنها البيئة والقرائن (٢) . وأكثر

(١) وقد جاء في شرح الحيلة على المادة ١٥٩٥ للاستاذ سليم باز : « ومن بارز دجلا ، أو لقم ليقول في قصاص أو رجم ، أو يبق على لوح من السفينة ، أو اقترمه سبع وثني في فيه ، فهو كريض مرض الموت » . وفي المتنفة ومن كان محبوساً في السجن ليقول قصاصاً أو رجماً لا يكون حكم حكم المريض . وإذا أخرج ليقول ، فحكمه في تلك الحال حكم المريض ، ولو كان في صف القتال فحكمه حكم الصحيح ، وإذا بارز فحكمه في تلك الحال حكم المريض ، ولو كان في السفينة فحكمه حكم الصحيح ، وإذا هاج الموج فحكمه في تلك الحال حكم المريض . ولو أمهد إلى السجن ولم يقتل ، أو أرجع بعد الميازة إلى الصف ، أو سكن الموج ، صار حكمه كحكم المريض الذي يرى من مرضه تنفذ تصرفاته من جميع ماله . والمرأة إذا أعطها الطلق ، فافلته في تلك الحالة يعتبر من ثلث ماله ، وإن سلمت من ذلك جاز ما فعلته من ذلك كله » (١) ( شرح الحيلة للاستاذ سليم باز ص ٨٨٨ ) - أنظر أيضاً الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٢٠٧ ص ٢٠١ - الأستاذين محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٤ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٥ ص ٤٢٣ - الأستاذ سليمان مرسى فقرة ٣٠٠ ص ٤٨٩ .

وفي من البيان أن العبارة بحالة الإنسان النفسية ، لأن كان محكوماً عليه بالإعدام وهو في السجن ينتظر التنفيذ ، يبدو ، بالرغم مما جاء في شرح الحيلة نقلاً عن المتنفة ، أن حالته النفسية تكون كحالة المريض مرض الموت . فإذا صدق خوفه ، أو نجا من كان على وشك الفرق أو من كان في حكمه ، فانه يعتبر في حكم المريض مرضاً يظلم فيه الهلاك ولم ينته بالموت بل يرى منه المريض ، فلا يكون قدرته على الكلام في التصرف ، ولكن يجوز المتصرف نفسه أن يظلم في التصرف بالغلط كما سبق نقول .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه مناصات محكمة الموضوع قد استغلضت من التحقيقات التي أجريت في الدعوى ومن تشهادتين الطبيتين المتفيتين فيها عن مرض الموت أنه كان مريضاً قبل وفاته بأربعة شهور بالبل الرلوى ، وأن هذا المرض اقتد به وقت تحرير البلد للطنون عليه ، ثم تلعت الطنون الموجهة إلى الشهادة المقتمة من المصادر له القصد ، فانها تكون قد أوردت = (م ٢١ - القوسط ج ٤)

ما يثبت بالشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه . كذلك يثبت بشهادة الشهود ، ويتقصى حياة المريض في أيامه الأخيرة . وعلى الورثة الذين يطعنون في تصرف مورثهم بأنه صدر في مرض الموت يقع عبء إثبات المرض . ولما كانوا يعتبرون خلفاً لمورثهم وليسوا غيراً من حيث ثبوت التاريخ ، فإن تاريخ التصرف العرفي يكون حجة عليهم كما هو حجة على مورثهم . فإذا كان التصرف مؤرخاً تاريخاً عرفياً في وقت ثبت أن المورث لم يكن فيه مريضاً ، كان هذا التاريخ العرفي حجة عليهم . ولكن لم أن يثبتوا أن هذا التاريخ قد قدم عمداً لإخفاء أن التصرف قد صدر في مرض الموت ، وأن التاريخ الذي صدر فيه التصرف متأخر عن التاريخ الصوري المذكور في التصرف ويقع في وقت كان فيه المورث في مرض موته . فإذا أثبتوا ذلك - ولم أن يثبتوه بجميع طرق الإثبات لأنهم يثبتون غشاً وواقعة مادية - أصبحوا من الغير من حيث سريان التصرف (١) ، ولم يعد التصرف الصادر من المورث يسرى في حقهم إلا في الحدود التي سنينها فيما يلي .

---

== في حكمها من الأسباب ما يكفي لحمل قضائها (نقض ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام للنقض رقم ٩٢ ص ٣٦٥) . ونقضت أيضاً بأن محكمة الموضوع قد استخلصت من أقوال الشهود أن البالعة أصيبت بمرض يغلب فيه الهلاك وانتهى قملها بوفاتها ، وهذا يمكن (نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام للنقض رقم ١٥٨ ص ١٠٤٨) . ونقضت كذلك بأنه متى كان الحكم إذني حصول البيع في مرض موت البائع قد قرر للأسباب السالفة التي أوردتها أنه في الوقت الذي تصرف فيه كان في حال صحته وأنه سابق على فترة مرض عاصي لا يغلب فيه الهلاك ، فإن هذا الذي قرره لا عيب فيه (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام للنقض رقم ٣٥ ص ٢٢٧) .

ويستخلص من قضاء محكمة النقض المتقدم أنه إذا كانت شروط مرض الموت مسألة قانون ، فإن حصول هذا المرض متوافرة فيه شروطه مسألة واقع تستخلصه محكمة الموضوع ، ولا رقابة عليها محكمة النقض في ذلك متى بقت محكمة الموضوع قضائها على أسباب سائلة .

(١) وقد سبق أن بينا في الجزء الثاني من الوسيط (فقرة ١١٩ ص ٢٠٤ - ص ٢١٢) أن الوارث لا يعتبر غيراً بالنسبة إلى تاريخ الورثة السادة من مورثه في مرض الموت ، ويعتبر غيراً بالنسبة إلى سريان التصرف الصادر في مرض الموت . وقلنا في هذا الصدد : «والذي أوقع القيس في هذه المسألة هو الخلط ما بين البيرية في سريان التصرف والبيرية في ثبوت التاريخ . فالوارث ، في تصرفات مورثه الصادرة في مرض الموت ، يعتبر غيراً من ناحية سريان هذه

## ١٨١- سبب تغيير التصرف في مرض الموت : وإذا كان التصرف

الذى يصدر في مرض الموت مقيداً ، فسبب التقييد لا يرجع إلى أهلية المريض ولا إلى عيب في إرادته . فالمرضى مرض الموت لا يفقد أهليته ، بل ولا تنقص هذه الأهلية ، فما دام حياً حافظاً لقواه العقلية فإنه يبقى متمتعاً بأهليته الكاملة إلى آخر لحظة من حياته . ولو وقع أن المريض أفقده التمييز ، فإن التصرف الذى يصدر منه وهو في هذه الحالة يكون باطلا لانعدام التمييز ، ولا يقتصر الأمر فيه على أن يكون تصرفاً غير نافذ في حق الورثة لصدوره في مرض الموت .

وإنما يرجع تقييد التصرف في مرض الموت إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض (١) . فإنه من المقرر في الفقه الإسلامى أن حق الورثة يتعلق بأموال مورثهم ، لا من وقت موته فحسب ، بل من وقت المرض الذى

== التصرفات في حقه ، فهى لا تسرى عليه فيما يجاوز ثلث التركة . ولا يعتبر فيها من ناحية ثبوت التاريخ فيحتج عليه بالتاريخ العرفى للتصرف الصادر مورثه إلى أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح ، ( الوسيط جز ٢٠٦ - ٢٠٧ ) . وانظر مقال الأستاذ سليمان مرسى في قوة المهرات العرفية في الإثبات وحجية تاريخها حل الواردات التى يظن فيها صدورها في مرض الموت في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٨٧ - ص ٣٠٤ ، وإلى هذا الغالب يرجع الفضل في تحول الفقه المصرى إلى الرأى الصحيح في هذه المسألة كما سبق أن بينا ( الوسيط ٢ ص ٢٠٦ حاش رقم ١ ) . وانظر أيضاً الأستاذ عبد المنعم لوجى الصلة في الإثبات ص ١٤٣ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٠ ص ٢٩٢ - ص ٢٩٤ - وقارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٨ - الأستاذ عبد المنعم البدرارى فقرة ٤١٩ .

ومن القرائن على صدور التصرف في مرض الموت أن يكون البيع محرراً بخط المشتري ولم يسجل إلا قبل وفاة البائع بيومين ( استئناف وطى أول فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١/١٠٨ ص ٢٩٦ ) . ومنها تسجيل العقد تسجيل تاريخ قبل الوفاة بمدة قليلة ثم تسجيله بعد الوفاة تسجيل تالفاً ( استئناف وطى ٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرع ١ رقم ٢٠٤ ص ٩٥ ) . ومنها أن يكون العقد قد تحرر قبل الوفاة بأيام قليلة ما لم يكن البائع قد مات فجأة ( استئناف وطى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرع ٢ رقم ١١٨ ص ١١٦ ) . ولا مانع من الظن في التصرف بأنه صادر في مرض الموت بعد الظن فيه بالتدوير ( محكمة مصر لقونية ٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ الحامدة ٩ رقم ١/٥٣٩ ص ٩٩٦ ) .

(١) ولعل هذا انتد اجماع الفقه المصرى : الأستاذان أحمد نجيب اللال وحامد زك فقرة ٢٠٦ وقرة ٢٩٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٧ - الأستاذ سليمان مرسى فقرة ٢٩٩ ص ٤٨٣ - ص ٤٨٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٨ - الأستاذ عبد المنعم البدرارى فقرة ٤١٨ .

يموت فيه . فإذا صدرت منه تصرفات تتطوى على تبرع منذ هذا المرض ، كان لهذه التصرفات حكم الوصية . ذلك أن المريض وهو على شفا الموت إذا تبرع بماله ، فاعما يقصد أن ينقل هذا المال إلى غيره بعد موته ، لافى المدة المحدودة القصيرة التي تقدر له الحياة فيها . ولا يستطيع إنسان أن ينقل ماله بعد موته بتصرف إرادى ، إلا إذا كان ذلك عن طريق الوصية بقيودها المعروفة . فكل تبرع يصدر فى مرض الموت يتقيد إذن بقيود الوصية ، وحتى للمعاوضات إذا انطوت على تبرع ، كأن يبيع بمن أقل من قيمة المبيع ، يكون لها هى أيضاً فى القدر المطبق به حكم الوصية . ومؤدى ذلك أن التصرف الصادر فى موت الموت إذا انطوى على تبرع فيها يتجاوز ثلث التركة لا يكون باطلا ولا يكون قابلاً للابطال (١) ، بل يكون فيها جاوز ثلث التركة غير نافذ فى حق الورثة (٢) . فهو تصرف صحيح ، ولكنه لا ينفذ فى حق الورثة إلا بإجازتهم ، فإذا لم توجد ورة نفذ التصرف فى كل المال .

وقد اختلف فقهاء الإسلام فى تكييف حق الورثة الذى يتعلق بأموال مورثهم وقت مرض الموت . فذهب بعضهم إلى أنه حق ملكية كامل يثبت بمجرد المرض ، وذهب آخرون إلى أن حق الملكية إنما يكون عند الموت ولكنه يستند إلى وقت بله المرض ، وذهب فريق ثالث إلى أن حق الورثة وقت المرض ليس حق ملكية بل هو حق خلافة أو إرث (٢) . وأيا كانت طبيعة حق الورثة ،

(١) قارن الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكى فقرة ٢١٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٠ .

(٢) وقسط دعوى علم نفاذ التصرف بنسب عشرة سنة من وقت موت المريض ( الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكى ويصورتها بدعوى بطلان ) ، فلا يمكن إذن سكوت الورثة ولو مدة طويلة إذ كانت دون مدة سقوط ( استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٧٢ ) ، ما لم يشغلي من هذا السكوت إجازة غسنية للتصرف من الورثة ، وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأن سكوت الورث بعد وفاة المورث مع ظهور التمدد ونقل التكاليف المشتري دون أن يظن للورث ، بل سكوت مدة ثلاث سنوات أو أربع حتى وفاته يصير إجراء العقيد الصادر فى مرض الموت ( ١٨ مارس سنة ١٩٣١ الجمعية القومية ٣٣ رقم ٢٤٢ ) .

(٣) ضد الشافى لا يثبت الإرث إلا عند الموت ، وفى المسألة خلاف عند الحنفية . ويظهر أثر ذلك فى الخلقة دون رضاها خلافاً بآناً فى مرض الموت ومات مطلقاً وهي فى السنة ، هل تراث أو لا تراث؟ عند الحنفية تراث ، وعند الشافى لا تراث . ويورد صاحب البدائع صحيح =



فانه حق يقيد من تصرف المريض على النحو الذى أسلفناه .

== لفريقين على الوجه الآتى : « وإن كان (الطلاق) بنهر وضاماً قلها ترث من زوجها عندنا ، وعند الشافى لا ترث . ومعرفة هذه المسألة مبينة على معرفة سبب استحقاق الإرث وشرط الاستحقاق وروثه . أما السبب فنقول لا خلاف أن سبب استحقاق الإرث فى حقها التكاح ... واختلف فى الوقت الذى يصير التكاح سبباً لاستحقاق الإرث . وعند الشافى هو وقت الموت ، لأن كان التكاح قائماً وقت الموت ثبت الإرث ، وإلا فلا . واختلف مشايختنا . قال بعضهم هو وقت مرض الموت ، والتكاح كان قائماً من كل وجه من أول مرض الموت ، ولا يحتاج إلى إيفائه من وجه إلى وقت الموت ليصير سبباً . وتفسير الاستحقاق منهم هو ثبوت الملك من كل وجه لو ارث من وقت المرض بطريق الظهور ، ومن وجه وجه وقت الموت مقصوداً عليه وهو طريق الاستناد ، وما طريق المرض شيئاً للتقنين . وقال بعضهم : وهو طريق للتأخير عنهم ، إن التكاح القائم وقت مرض الموت سبب لاستحقاق الإرث وهو ثبوت حق الإرث من غير ثبوت الملك لوارث أصلاً لا من كل وجه ولا من وجه . وجه قول الشافى أن الإرث لا يثبت إلا عند الموت ، لأن المال قبل الموت ملك المورث بدليل نفاذ تصرفاته ، فلا بد من وجود السبب عند الموت . ولا سبب هنا إلا التكاح ، وقد زال بالإهانة والولع ، فلا يثبت الإرث ، ولهذا لا يثبت بعد انتفاء العدة ولا يرث الزوج منها بلا خلاف ولو كان التكاح قائماً فى حق الإرث لورث لأن الزوجية لا تقوم بأحد الطرفين فدل أنها زالت . ولنا إجماع الصحابة رضى الله عنهم والمقول . أما الإجماع ... وأما المقول فهو أن سبب الاستحقاق الإرث وجد مع شرائط الاستحقاق ليستحق الإرث ، كما إذا طلقت طلاقاً وجباً . ولا كلام فى سبب الاستحقاق وشرائطه ، وأما الكلام فى وقت الاستحقاق . فنقول وقت الاستحقاق هو مرض الموت . أما على التخصيص الأول والثانى وهو ثبوت الملك من كل وجه أو من وجه ، فالدليل عليه النص وإجماع الصحابة رضى الله عنهم ودلالة الإجماع والمقول . أما النص فإدعى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم زيادة فى آخر أعمالكم زيادة على أعمالكم ، أى تصدق باتباعه ملككم عليكم فى ثلث أموالكم زيادة على أعمالكم . أخبر عن سنة الله تعالى على عباده أنه استبق لهم الملك فى ثلث أموالهم ليكون الوسيلة إلى القربى فى أعمالهم بالصرف إلى وجود الخير ، لأن مثل هذا الكلام يخرج فرج الإنباء عن المنة . وأخر أعمالهم مرض الموت ، فدل على زوال ملكهم عن الثلثين إذ لو لم يزل لم يكن بين عليهم بالتصدق بالثلث بل بالثلثين ، إذ الحكيم فى موضع بيان المنة لا يترك أهل المنين ويذكر أدانها . وإذا زال ملكه عن الثلثين يؤول إلى وروثه ، لأنهم أقرب الناس إليه .. وأما إجماع الصحابة رضى الله عنهم .. وأما دلالة الإجماع فهم أنه لا ينفذ تبرعه فيما زاد على الثلث فى حق الأجانب ، وفى حق الورثة لا ينفذ بشئ أصلاً ورأساً حتى كان الورثة أن يأخذوا الموهوب من يد الموهوب له من غير رضاه وإذا لم يبلغ القيمة ولو نفذ لما كان لم الأخذ من غير رضاه . فدل عدم انتفاذ من زوال الملك ، وإذا زال يؤول إلى الورثة لما بينا . وأما القول فهو أن المال الفائض من ساحة الميت يصرف إلى الورثة بلا خلاف ، والكلام فيما إذا فضل ووقع من وقت المرض الفراغ من حوائج الميت . فهذه الدلائل تدل على ثبوت الملك من كل وجه لوارث فى المال الفائض من حوائج الميت ، فيعمل على ثبوت الملك من وجه لا محالة . وأما على ==

ولما كان تقييد تصرف المريض في مرض الموت يرجع إلى حق الورثة في ماله وفقاً لمبادئ الفقه الإسلامي، فإن هذا التقييد لا يسرى إلا في حق من تجري في ميراثه أحكام الشريعة الإسلامية، وهؤلاء هم كل المصريين مسلمين كانوا أو غير مسلمين. أما الأجنبي الذي لا تجري في ميراثه أحكام الشريعة الإسلامية فلا يسرى هذا التقييد في حقه (١).

**١٨٢ - الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت :** وقد أورد التقنين المدني نصاً يقرر الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت ، أيأ كان هذا التصرف بيعاً أو غير بيع . فنصت المادة ٩١٦ مدني على ما يأتي : ١ - كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيأ كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف . ٢ - وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . ٣ - وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة بخالفه .

ولمنا هنا في مقام شرح هذا النص ، ونقتصر فيه على القدر الذي يتعلق

---

== التفسير الثالث، وهو ثبوت حق الإرث رأساً ، فدلالة الإجماع والمقول . أما دلالة الإجماع فهو أن ينقضى تبرعه بعد الموت ، ولولا تعلق حق الوارث بماله في مرض موته لكان التبرع تصرفاً من أهل في عمل ملوك له لا حق لغير فيه فينبغي ألا ينقضى ، فدل حق التبرع على تعلق الحق . وأما المقول فهو أن التبرع حال مرض الموت صار وسيلة إلى الإرث ، وسيلة حق الإنسان حقه لأنه ينقطع به ، والطلاق الهائن والثلاث إبطال هذه الوسيلة فيكون إبطالاً لحقها ، وذلك إضرار بها فيرد عليه ( الهناج ٣ ص ٢١٨ - ص ٢٢٠ ) . وانظر أيضاً في هذه المسألة الأستاذ محمد أبو زهرة في أحكام التركات والمواريث ص ١٠ - ص ١٣ .

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن أحكام بيع المريض مرض الموت تسرى ولو كان المالك أجنبياً : ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٧ - ٣ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٨ ص ٢٤٧ - ٣ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٢ - ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٢٢ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٥ .

بالبیع (١) ، فقد رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ٤٧٧ مدنی تنص على ما يأتي :

« ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦ » . فإذا صدر بيع من المورث ، وبعد موته طعن الورثة في هذا التصرف ، فأول شيء يجب على الورثة عمله في هذا الطعن هو أن يثبتوا أن البيع قد صدر من مورثهم وهو في مرض موته . ولم يثبت ذلك بجميع الطرق ، ويكون التاريخ العرفي للبيع حجة عليهم إلى أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات أن هذا التاريخ قد قدم وأن التاريخ الحقيقي للبيع يقع في مرض الموت ، وقد سبق بيان كل ذلك . فإذا أثبت الورثة أن البيع قد صدر في مرض الموت ، فإن النص يفترض أن البيع حقيقته حبة وأن المريض لم يقبض ثمناً من المشتري وأن الثمن المذكور في العقد إنما هو ثمن صوري . ولكن هذا الفرض قابل لإثبات العكس (٢) ، وعلى المشتري ليقض هذه القرينة أن يثبت أنه دفع فعلاً ثمناً للمبيع لا يقل عن قيمته (٣) . فإذا

(١) ولم يكن الثقتين المدعى السابق يشتمل على نص مماثل نص المادة ٩١٦ من الثقتين المدعى الجديد ، ولذلك تصارب القضاء في مد أحكام بيع المريض مرض الموت إلى تصرفاته الأخرى غير البيع . فقصت محكمة الاستئناف المختلطة بأن شراء المريض من الوارث لا تسرى عليه أحكام البيع ( ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٤ ) . ولكن إقرار المريض لوارثه يسرى عليه حكم البيع ( استئناف مصر ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ الحاماة ٦ رقم ٢/٥٣٤ ص ٨٥٦ - ٦ مايو سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ٢/٢٢٥ ص ٤٤٠ - المنصورة ٢٥ يناير سنة ١٩٢٧ الحاماة ٨ رقم ٣٤٤ ص ٥٢٤ - طنطا ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ٣/٣٧ ص ٦٧ - لقنازيق ٢٨ يولييه سنة ١٩٣٥ الحاماة ١١ رقم ٤٣٨ ص ٨٤٨ - لقنازيق ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٤٩ ص ٨٧ - أسبوط ٢٩ يناير سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ٨٠ ص ١٣٤ - استئناف غنظط ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٩٣ - انظر عكس ذلك أي عدم جواز الطعن في الإقرار الصادر في مرض الموت : استئناف مصر ٣٠ يناير سنة ١٩٢٨ الحاماة ٨ رقم ٤٧٠ ص ٧٧١ - لقنازيق ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٥٦ ص ١٣٥ - مصر ١٨ يناير سنة ١٩٣٣ الحاماة ١٣ رقم ٢/٦٤٥ ص ١٢٧٥ ) . أما الإيجار فلا يتأثر بصنوه في مرض الموت ( مصر ١٩ يناير سنة ١٩٢٤ الحاماة ٤ رقم ٦٣٦ ص ٨٥٥ ) .

(٢) الأستاذان أحمد نجيب الملاي وحامد زكي ص ٢٠٧ هامش رقم ١ - الأستاذ محمد كامل مرس ص ٤٨٦ - قارن استئناف مصر ٩ مايو سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ ص ٤٤ .

(٣) ولا يجوز للمشتري التمسك بإقرار البائع أنه قبض ثمناً وذكر ذلك في عقد البيع ، لأن هذا إقرار من مريض في مرض موته فلا يمتد به ، ولأن الشبهة قائمة في أن البائع والمشتري متواطئان على تصوير أن هناك ثمناً دفع ( الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠١ ص ٤٨٩ - الأستاذ عبد المنعم البدراوي فقرة ٤٢١ ص ٦١٢ هامش رقم ١ ) .

لم يستطع إثبات ذلك ، أو ثبت أن النقص الذى دفعه أقل من قيمة المبيع ، اعتبر المبيع - فى المبيع كله فى الصورة الأولى وفى حدود زيادة قيمة المبيع على النقص فى الصورة الثانية - تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسمى عليه أحكام الوصية . وهذا ما تكفل الآن ببيانه .

## ب - أحكام المبيع فى مرض الموت

١٨٣ - فروض مختلفة : المبيع فى مرض الموت إما أن يكون بشئ لا يقل عن قيمة المبيع ، أو بشئ يقل بما لا يجاوز ثلث التركة ، أو بشئ يقل بما يجاوز ثلث التركة ، أو بشئ يقل بما لا يجاوز ثلث التركة ، أو بشئ يقل بما لا يجاوز ثلث التركة ، أو بشئ يقل بما لا يجاوز ثلث التركة .

فهذه فروض مختلفة نستعرضها واحداً بعد الآخر ، ثم نعتها بما قرره القانون من حماية الغير حسن النية .

وقد قلنا أن الورثة إذا اتفقوا أن المبيع قد صدر فى مرض الموت ، فإن المبيع يعتبر صادراً على سبيل التبرع أى يكون هبة بغير ثمن ، ولا عبرة بالخائن المذكور فى العقد . وعلى المشتري أن يثبت أنه دفع ثمناً ، وأن يثبت مقدار الذى دفعه من ذلك . فإذا لم يستطع إثبات أنه دفع ثمناً ، كان المبيع هبة . وإذا استطاع إثبات أنه دفع ثمناً ومقدار ما دفعه ، لم تحل الحال كما قلنا من أن يكون هذا الثمن لا يقل عن قيمة المبيع أو يقل بما لا يجاوز الثلث أو بما يجاوز (١) .

(١) أما بالنسبة إلى العائنين ، فكل عاهلة أو تبرع فى مرض الموت يعتبر فى حكم الوصية ، تستقدم عليها الدينون ، ولا تنفذ إذا كانت التركة مستغرقة . وقد جاء فى المادة ٣٦١ من مرشد الميراث فى هذا المعنى : « إذا باع المريض لأجنبى ( أو لغير أجنبى من باب أول ) شيئاً من ماله صحابة فاحقة أو ميسرة ، وكان مدهوناً بدين مستغرق لئال ، فلا تصح الهبة سواء أجازته الورثة أم لم يجزوه . وبغير المشتري من قبل أصحاب الدينون ، فإن شاء بلغ المبيع تمام القيمة ، وإلا فسح المبيع . فإن كان قد تصرف فى المبيع قبل القبض ، تلزمه قيمته بالغة ما بلغت - وإذا برى المريض من مرضه ، جاز للعائنين الطعن بالدعوى الوصية فى تصرفه باعتباره تبرعاً ( الأستاذان أحمد نجيب الحلال فقرة ٢١٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠٠ ص ٤٨٦ - ص ٤٨٧ ) » وهذا فوق دعوى الإبطال الفلظ التى تكون للمريض نفسه بعد أن برى من مرضه كما سبق القول ، وهي دعوى يجوز للعائنين أن يرفعوها باسمه .

١٨٤ - البيع بما لا يقل عن القيمة : إذا أثبت المشتري أنه دفع ثمناً للبيع لا يقل عن قيمته ، كان البيع صحيحاً نافلاً في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم ، ويستوى في ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث .

والمراد بالوارث ، في جميع أحكام بيع المريض مرض الموت ، هو من يكون وارثاً وقت موت المورث ، ولو لم يكن وارثاً وقت البيع . أما من كان وارثاً وقت البيع وأصبح غير وارث وقت موته المورث ، فلا يعتبر وارثاً في هذه الأحكام . فلو لم يكن للمورث وقت البيع من الورثة غير بنت وزوجة وأخت ، ثم رزق بعد البيع مولوداً ذكراً ، اعتبر الابن وارثاً ولو أنه لم يكن موجوداً وقت البيع ، ولم تعتبر الأخت وارثة لأنها لا ترث وقت الموت وإن كانت تعتبر وارثة وقت البيع (١) . كذلك تقدر قيمة المبيع ، لمعرفة نسبة الثمن إليها ، وقت الموت لا وقت البيع . فلو باع المريض داراً بألفين وكانت قيمتها وقت البيع معادلة لهذا الثمن ، ثم أصبحت قيمتها وقت الموت ألفين وخمسمائة ، فإن البيع هنا يكون بأقل من القيمة بمقدار خمسمائة ، وهذا بالرغم من أنه كان يمثل القيمة وقت البيع . وعلى العكس من ذلك لو كانت قيمة الدار وقت البيع ألفاً وخمسمائة ، ثم أصبحت ألفين وقت الموت ، فإن البيع يكون بمثل القيمة .

(١) الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٢١١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٣ - ويثبت المال لا يعتبر وارثاً ، فالبيع في مرض الموت لزوج صحيح إذا لم يكن لزوج وارث آخر . ولذلك لا يصح لبيت المال ( الحكومة ) أن يضمن في العقد بحجة أن له ثلاثة أرباع التركة ، لأن بيت المال ليس بوارث . بل الحكومة تستحق التركة إذا غلبت من الورثة أو وجد منهم فقط من لا يمكن الرد عليه ، لا من طريق الإرث ، بل لاحتياجها مالا لا ماله له ( محكمة اليابان ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ المشرع ٢ رقم ١٤٢ ص ١٢٧ - وانظر المنها ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ الهامة ١٠ رقم ٣٧٧ ص ٧٥٧ - وقارن مع ذلك استئناف مخطوط ٢٥ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٩٢ ) . وهذا الحكم يتفق مع ما جاء في الفقه الإسلامي من أن بيت المال يأخذ المال من جهة أنه لا ماله له ( أحكام القرآن للجصاص ٢ ص ١٠٠ - وانظر الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٢١١ ص ٢٠٥ هامش رقم ١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٦ ) - وقد جاء في قانون الرقبة نص صريح في هذا المعنى ، ففصلت المادة ٣٧ من هذا القانون بأن « تنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه ، من غير توقف على إجازة الخزنة العامة » .

وقد كان البيع يمثل القيمة في عهد التقنين المدني السابق يجرى التمييز فيه بين البيع لغير وارث والبيع لوارث . ففي البيع لغير وارث يتفق التقنين السابق مع التقنين الجديد في الحكم الذي تقدم بيانه . أما في البيع لوارث فقد كان هناك ، في عهد التقنين المدني السابق ، رأيان . الرأي الأول ، وكان الرأي الأرجح ، يجعل البيع نافذاً دون حاجة إلى إجازة الورثة كما في البيع لغير الوارث ، وهذا هو رأى الصحاحين في المذهب الحنفي . والرأي الثاني يذهب إلى أن البيع لا ينفذ في حق الورثة إلا بإجازتهم ، لأن المورث خص الوارث بعين المبيع ، وفي هذا ضرب من المحاباة والإيثار ، وهذا هو رأى الإمام أبي حنيفة (١) .

#### ١٨٥ - البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة: وإذا أثبت

المشتري أنه دفع ثمناً للمبيع وأثبت مقدار مادفع ، وكان هذا المقدار يقل عن قيمة المبيع وقت الموت بما لا يجاوز ثلث التركة ، فإن البيع يكون هنا أيضاً صحيحاً نافذاً في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم ، ويستوى في ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث .

والتركة تقدر بقيمة أموال المورث وقت الموت لا وقت البيع ، وتدخل فيها قيمة المبيع ذاته (م ١/٤٧٧ مدني) . فلو أن المريض باع داراً قيمتها وقت البيع ألفان بألف ولم يكن له مال غير هذه الدار ، وقد أصبحت قيمتها وقت الموت ألفاً وخمسمائة ، كان البيع بأقل من قيمة المبيع بمقدار خمسمائة لا بمقدار ألف ، وكان نقص الثمن عن القيمة لا يجاوز ثلث التركة ، وقد أصبحت ألفاً وخمسمائة يوم الموت ودخل المبيع فيها عند تقدير قيمتها كما سبق القول .

وقد كان البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة في عهد التقنين المدني السابق يجرى التمييز فيه بين ما إذا كان البيع لغير وارث ويكون الحكم هو ما قلناه ، وما إذا كان البيع لوارث ولا ينفذ إلا بإجازة الورثة (٢) . ذلك

(١) الأستاذان أحمد نجيب الملل وحلمد زكي ققرة ٢٩٥ .

(٢) استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٩ - ١ مايو سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٧ .

أن أية محاباة في الثمن تعتبر تبرعاً فتأخذ حكم الوصية ، وكانت الوصية في عهد  
التقنين المدني السابق لا تجوز لو ارث إلا بإجازة الورثة إلى أن صدر قانون  
الوصية ( رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ) يميز الوصية لو ارث دون حاجة إلى إجازة  
الورثة (١) .

**١٨٦ - البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة :** وإذا لم يستطع  
المشتري أن يثبت أنه دفع ثمناً إلا مبلغاً هو أقل من قيمة المبيع وقت الموت  
بما يجاوز ثلث قيمة التركة وقت الموت أيضاً ، فإن البيع في هذه الحالة لا يكون  
نافلاً في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة إلا بإجازتهم (٢) . وهذا هو حكم

(١) والبررة في معرفة أي حكم يسرى تكون بتاريخ موت المورث . فإن كان هذا التاريخ قبل  
نفاذ التشريع الذي يميز الوصية لو ارث ( قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ) ، فحكم التقنين  
القديم هو الذي يسرى ، وإلا فحكم التقنين الجديد .

وكان القضاء في العهد السابق يكشف عن تحايل الميراث إذا باع لغير وارث ثم يحول المشتري  
البيع إلى وارث ، فصدور البيع لولد الزوجة وهو غير وارث ثم تحويل الميراث من الولد إلى أمه  
فيه تحايل ، ويعتبر بيعاً صادراً لو ارث في مرض الموت ( استئناف مصر ٣١ ديسمبر  
سنة ١٩٣٥ المحاماة ١١ رقم ٣/٤٣٠ ص ٨٢٨ ) .

(٢) نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٧ ص ٣٨٠ - استئناف  
وطى ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ١٣٨ .

هذا والإجازة يجب أن تصدر من أهل التبرع ، فلا يصح أن يكون الوارث المميز صبيّاً  
أو مجنوناً أو محجوراً عليه ، أو أن يكون هو نفسه مريضاً مرض الموت . والمميز إذا كان  
مريضاً مرض الموت لا تنفذ إجازته إلا في حدود ثلث تركته بغير إجازة ورثته ( الأستاذان  
أحمد نجيب الحلالي وحامد زكي ص ٢٠٦ هامش رقم ٢ ) . ويجب أن يكون المميز عالماً بالعيب  
ورائياً في تصميحه ، فاشتراك الوارث في تحرير محضر جرد التركة وإشارته في المحضر إلى  
تقصير لا يكون إجازة إلا إذا أراد بذلك الموافقة على التصرف ( نقض مدني ٢٠ مايو  
سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٧ ص ١٩٤ استئناف وطى أول فبراير سنة ١٩١٠  
المجموعة الرسمية ١١ رقم ٢/١٠٨ ص ٢٩٦ - استئناف غطط ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩  
ص ١٧١ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠١ ص ٤٩٠ ) .

ويجب أن تقع الإجازة بعد الموت ، فلا إجازة الحاصلة وقت العهد أو اشتراك الورثة في نفس  
العهد لا يعتبر إجازة ، ويجب صدور الإجازة مرة ثانية بعد الموت . وإجازة بعض الورثة دون  
بعض لا تنفذ إلا في حصص من أجازة من الورثة ( نقض مدني ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢  
رقم ٥٧ ص ١٩٤ وهو الحكم السابق الإشارة إليه ) . ويجوز للمشتري أن ينزل الورثة =

الوصية ، وقد قلنا أن المقدار المخاص به يعتبر في حكم الوصية . ويستوى في ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث (١) . فلو أن المريض باع داراً قيمتها وقت البيع ألفان بآلف ، ولم يكن له مال غير هذه الدار ، وقد أصبحت قيمتها وقت الموت ألفاً وثمانمائة ، فإن المقدار الذي حوى به المشتري يكون ثمانمائة . وهذا يزيد على ثلث التركة - وقدره سبائة - بمائتين . فلا ينفذ البيع في حق الورثة في الدار بمقدار مائتين إلا بإجازة الورثة ، وينفذ في باقي الدار دون حاجة إلى إجازتهم . فإن لم تجز الورثة في المائتين ، كان على المشتري أن يؤدي إليهم هذا المبلغ ليضاف إلى الألف الذي دفعه ثمناً ، فيخلص للورثة ألف ومائتان ، وهذا المبلغ هو ثلث التركة الواجب أن يخلص للورثة . والمشتري أن يفسخ البيع ، فيرد الدار للتركة ، ويسترد منها الألف وهو الثمن الذي دفعه (٢) .

== ليلتموا ما إذا كانوا يميزون التصرف أو لا يميزونه ، وأن يلتجئوا إلى القضاء لتحديد ميعاد لذلك ، لكن إذا انقضى الميعاد هذا علم بإجازة منهم التصرف ( الأستاذان أحد نجيب الملل وحامد زكي فقرة ٢١٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٥٠ - الأستاذ سليمان مرسى فقرة ٣٠١ ص ٤٩٠ - الأستاذ عبد المنعم البهراوي فقرة ٤٢٢ ) . وسكوت الوارث بعد وفاة المورث مع ظهور العقد ونقل التكليف للمشتري دون أن يعلن الوارث ، بل سكت مدة ثلاث سنوات أو أربع حتى وفاته ، يعتبر إجازة ضمنية للعقد الصادر في مرض الموت ( استئناف أسهوط ١٨ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢٤٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم ) .

وإذا تمددت العقود الصادرة من المورث في مرض الموت ، اعتبر المفقرون في حكم الموصي لهم ، واقتسموا الثلث بنسبة ما أوصى به لكل منهم ، ولا عمل الرجوع إلى تواريخ العقود لتقديم أقدمها تاريخاً أو تسجيلاً ( استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٣٠ ص ٨٢٨ ) . ويبدو أنه بالنسبة إلى الموصي له يعتبر بيع الموصي في مرض موته هو أيضاً في حكم الوصية ، فيكون البيع في مرض الموت إما ناقضاً للوصية الأولى وإما نافلاً معها في حدود ثلث التركة ( قارن استئناف وطني ١٥ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٠٦ وتطبيق الأستاذين أحد نجيب الملل وحامد زكي ص ٢٠٨ هامش رقم ١ ) .

(١) فإذا لم يكن للمريض ورثة نفذ البيع أيما كان المقدار المخاص به ولو كان البيع في حقيقته هبة ، ولا يعتبر بيت المال واثناً كما سبق القول ( الأستاذان أحد نجيب الملل وحامد زكي فقرة ٢١٩ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٦ ) .

(٢) كذلك للورثة أن يستبقوا الدار شاملة بينهم وبين المشتري ، وتكون حصصهم فيها بمقتضى للمائتين الذين اعتبر البيع فيها غير نافذ . وقد أجازت محكمة استئناف أسهوط الوارث أن ==



وقد كان البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة في عهد الثنتين المدعى السابقين يجرى التمييز فيه بين ما إذا كان البيع لغير وارث ويكون الحكم هو ما قلناه (١) ، وما إذا كان البيع لوارث فلا ينفذ في حق الورثة في جميع الدار - لا فيما يجاوز ثلث التركة فحسب - إلا باجازتهم (٢) .

١٨٧ - **التصرف بغير إذن أصغر** : وإذا لم يستطع المشتري أن يثبت أنه دفع ثمنًا ما للمريض ، اعتبر التصرف هبة بغير إذن ، وكان لها حكم الوصية لأنها وقعت في مرض الموت . فإذا كانت قيمة العين لا تزيد على ثلث التركة ، نفذ التصرف في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم . وإذا زادت قيمة العين على ثلث التركة ، لم ينفذ التصرف فيها جاوز الثلث إلا باجازة الورثة ، فإن لم يجزوا وجب على المتصرف له أن يرد إلى التركة ما جاوز الثلث ، أى أن يرد إليها ما بقي يتكمله ثلثها . ويستوى في ذلك كله أن يكون التصرف لوارث أو لغير وارث . فلو أن المريض تصرف في دار قيمتها وقت الموت ألفان ، ولم يستطع المتصرف له أن يثبت أنه دفع ثمنًا ، وكانت قيمة التركة - ويدخل في ذلك قيمة الدار المتصرف فيها - ستة آلاف ، فإن التصرف ينفذ في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم ، لأن قيمة الدار لا تجاوز ثلث التركة . أما إذا كانت قيمة التركة ثلاثة آلاف والمسألة بحالها ، فإن قيمة الدار تجاوز ثلث التركة بمقدار ألف ، فإذا لم تجز الورثة التصرف وجب على المتصرف له أن يرد إلى التركة ألفاً على النحو الذى قلناه .

---

== يأخذ حقه وهو الثلثان حيناً إذا كانت العين المبيعة قابلة للتجزئة (١٧ أبريل سنة ١٢٢٩  
الحامدة ٩ ص ٦٤٥ - وانظر أيضاً استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ الحامدة ١١  
ص ٨٢٨) .

(١) الأستاذان أحمد نجيب الملل وسامد زكى فقرة ٢١٩ - فقرة ٢٢٢ ومراجع الفتاوى والقضاء المشار إليها .

(٢) الأستاذان أحمد نجيب الملل وسامد زكى فقرة ٢١٥ . والقيمة في معرفة أى حكم يسرى تكون هنا أيضاً بتاريخ موت المورث ، لأن كان هذا التاريخ قبل نفاذ قانون الوصية ( رقم ١٧ لسنة ١٩٤٦ ) قلنا يميز الوصية لوارث لحكم الثنتين القديم هو الذى يسرى ، وإلا فحكم الثنتين الجديد .

وقد كان التصرف بغير إذن أصلاً في عهد التقنين المدني السابق يجرى التمييز فيه بين ما إذا كان التصرف لغير وارث ويكون الحكم هو ما قلتمناه ، وما إذا كان التصرف لوارث فلا ينفذ في حق الورثة في جميع الدار - سواء زادت قيمتها على ثلث التركة أو لم تزد - إلا بإجازة الورثة ، فإذا لم يجزوا وجب على الوارث رد الدار إلى التركة (١) .

١٨٨ - **محمية الغير ممنوع النية** : ويتبين مما قدمناه أن هناك حالتين لا ينفذ فيها تصرف المريض في حق الورثة إلا بإجازتهم ، وهما : (١) إذا تصرف بغير إذن أصلاً وكانت قيمة العين تزيد على ثلث التركة . (٢) أو باع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة .

في هاتين الحالتين إذا لم تجز الورثة ، ولم يرد المتصرف إليه إلى التركة ما بقي بتكاملة ثلثها ، كان للورثة أن يستوفوا من العين التي تصرف فيها المريض ما بقي بتكاملة ثلثي التركة . وإذا تبرع المتصرف له بالعين ، جاز للورثة أن يتبرعوا بالعين في يد المتبرع له وأن يستوفوا منها حقهم على النحو الذي قدمناه (٢) . أما إذا كان المتصرف له قد تصرف في العين معاوضة لا تبرعاً ، بأن باعها مثلاً من شخص آخر ، فإن الورثة لا يستطيعون تتبع العين في يد المشتري إذا كان حسن النية ، أى إذا كان المشتري لا يعلم وقت أن اشترى العين أن للورثة حقاً فيها بل كان يعتقد أنها ملك خالص للبائع (٣) . ونقول المادة ٤٧٨ مدنى ، كما رأينا ، في هذا الصدد ما يأتى : ولا تسرى أحكام المادة السابقة لإضراراً بالغير حسن النية وإذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على العين المبيعة . ولا يبقى للورثة في هذه الحالة إلا الرجوع بحقهم على من تصرف له المريض .

(١) والمادة هنا أيضاً بتاريخ موت المورث ، فإن كان قبل نفاذ قانون الوصية ( رقم ٧١ لسنة ١٩١٦ ) الذى يميز الوصية لوارث سوى حكم التقنين السابق ، وإلا فيسرى حكم التقنين الجديد .

(٢) وذلك ما لم تكن العين منقولة وقد حازم المتبرع له بحسن نية .

(٣) أما إذا كان المشتري سوء النية ، كأن أكلته الورثة قبل أن يقدم على الشراء بعلم بإجازتهم لتصرف المريض ، لم يجز له أن يطلب الحماية ( استئناف مخطط ١٠ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٠٧ ) .

والحكم لا يتغير فيما إذا كان المتصرف له وهن العين أو زنب عليها حق ارتفاق أو حق انتفاع أو أى حق عيني آخر ، وكان من تلقى الحق العيني حسن النية . فيجب في هذه الحالة أن يحترم الورثة هذا الحق العيني ، ولا يستوفوا من العين حقهم إلا وهى محملة بهذا الحق (١) .

#### ٤ - بيع الوارث لعين في التركة قبل سداد الديون

##### ١٨٩ - وضع المسألة - سريانه مبادئ الفقه الإسلامي :

قدّمنا أن هناك صوراً مختلفة لبيع التركة ، وقد استبعدنا من هذه الصور بيع الحقوق الاحتمالية في تركة دون ضمان صفة الوارث وبيع التركة المستقبلية . وعالجنا صورة ثالثة هي بيع الوارث لحصته في التركة أى لتصيبه في مجموع من المال مع ضمان صفته كوارث ، سواء كان البيع لغير وارث أو كان لوارث وهو التخارج . ويبقى أن نعالج هنا الصورة الأخيرة وهى بيع الوارث لعين معينة بالذات من أعيان التركة قبل سداد الديون .

لو أننا كنّا نطبق مبادئ القانون الفرنسي ، حيث تنقل الديون إلى ذمة الورثة كما تنقل الحقوق ، لكان الوارث يستطيع أن يبيع أعيان التركة قبل سداد الديون . فإن هذه الأعيان قد انتقلت إلى ملكيته بمجرد موت المورث وقبول الوارث للميراث ، كما أن الديون قد انتقلت إلى ذمته ، فله أن يبيع الأعيان ، ثم يسدد الديون بعد ذلك ولو من ماله الشخصى .

ولكن مبادئ الفقه الإسلامى تتعارض مع التصور المتقدم ، فديون التركة وفقاً لهذه المبادئ تتعلق بأموالها ، فتجب معرفة متى تنقل أموال التركة للورثة ، ومدى تعلق حقوق الدائنين بهذه الأموال ، ويستتبع ذلك أن تتسائل هل يستطيع الورثة أن يتصرفوا في أعيان التركة قبل سداد ديونها .

---

(١) الأستاذان أحمد نجيب الخلال وحامد زكى فقرة ٢٢٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٥١ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠٢ - الأستاذ عبد المنعم البدواوى فقرة ٤٢٣ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٣١ .

وقد كان هناك خلاف عسليم في عهد التقنين للمدني السابق فيما إذا كانت مبادئه الفقه الإسلامي هي التي تسري في انتقال أموال التركة إلى الورثة أو هي مبادئ القانون الفرنسي ، فانقسم الفقهاء إلى فريقين ، فريق يقول بالرأى الأول وكان هو الرأى الرابع ، وفريق يقول بالرأى الثاني (١) . وقد حسم التقنين

(١) وأصحاب الرأى الأول يستثرون إل أن المشرع في عهد التقنين للمدني السابق قد أحال الميراث حل الشريعة الإسلامية ، لا فحسب من حيث تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث ، بل أيضاً باعتبار الميراث طريقاً لانتقال الملكية من المورث إلى الوراث . والوراث في الشريعة الإسلامية لا يحصر شخص حورته ولا يحمل عمله في التزاماته ، بل إن ديون المورث تتعلق بالتركة ، وتبقى التركة ضامنة لديونه بعد موته كما كان ماله ضامناً لحاله حياته . ولا يرث الوراث إلا ما يبق بعد سداد الديون ، إذ لا تركة إلا بعد سداد الدين . أما حق الدائنين في الشريعة الإسلامية فهو أشبه بحق الاختصاص أو الرهن على جميع التركة ، فإذا باع الوراث حيناً من أحيان لتركة قبل سداد الدين ، كان للدائن أن يمتنعها في يد المشتري ويستوفى منها حقه . هذا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، أما إذا كانت غير مستغرقة فللدائنين كذلك . ومن عام بمقدار ديونهم لأن أموال التركة مثقلة بمقتوهم ، ولكن الفقهاء أباحوا الورثة التصرف في أحيان التركة لأن ضمان الدائنين هي التركة جميعها لا عين بالذات . حل أن حق الورثة في التصرف يوقف حين لا يبق في التركة إلا ما يكون لفوائه بالديون ، وكل تصرف زاد حل هذا الحد فهو غير نافذ في حق الدائنين ، وللدائنين أخذ حقهم من أحيان التركة حيث توجد إذا لم يكن الباق منها كافياً ( الأستاذ عبد الحميد بدوي في مجلة مصر المصرية ١٩١٤ ص ١٤ وما بعدها - وملاحظات الأستاذة عزيز كحيل وعبد الحافظ ثروت وعبد الحميد مصطفى ومحمد حلمي عيسى في ص ٤٠ ) . وانظر من أحكام القضاء في هذا الرأى : استئناف وطني ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ١٧ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ للشرائع ١ رقم ١٢٤ ص ٢٧٧ - استئناف مصر ١٨ يونيو سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١/١٤٢ ص ٣٦٤ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٢٨ ص ٨٢٦ - ٨ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٧٠ ص ١٦٨ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١/٤٢٩ ص ٨٧١ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ ص ٢ م ١٧ - محكمة مصر ٢٨ يناير سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ١٩٦ - ٢٤ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٠٧ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ١١٢ - محكمة مخطا ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٩ المحاماة ١ رقم ١/٣٢ ص ١٩٩ - الإكستردية ٣ أبريل ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٣٠ ص ٢٥٠ - استئناف مخطا ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٦٢ - ١٣ يونيو ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٣٥ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦٩ - ٢٠ أبريل ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢١ - ٣ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥٤ - ١١ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٧٠ - ٩ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٤٦ - ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٢٤ - ٢٤ - ٢٢ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٢٠ ص ١٢ - ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٤ =

## الملف الجديد هذا الخلاف وأخذ صراحة بالرأى الأول : فنصت الفقرة الأولى

ومن أصحاب الرأى الأول من يذهب إلى حد القول بحلول الدين المتبجلة بموت المدين وفقاً لمبادئ الفقه الإسلامى ( الأستاذ على زك الدرافى فى مركز الوارث فى الشريعة الإسلامية سنة ١٩١٣ ومقال له فى الهامة السنة الأولى العدد الخامس .

أما أصحاب الرأى الثانى فيذهبون إلى أن الشريعة الإسلامية إما تسرى فى تعيين الورثة وتحديد أنوبيتهم ، أما فى كيفية انتقال المال إلى الورثة فليس هذا متصلاً بالأحوال الشخصية ، بل هو داخل فى أسباب كسب الملكية ، فتسرى فيه اتقواحه العامة فى القانون المدنى . ومن ثم يجب أن تفصل أموال التركة عن أموال الوارث الخاصة ، ويقدم دائر المورث على دائر الوارث فى انتضاء حقوقهم من أموال التركة ، لأن حق الضمان العام الذى كان لهم فى حياة المورث لا يزال باقياً كما كان مادام المالان منفصلين . ولكن طبيعة هذا الحق لا تتغير فلا يصبر حيناً بالموت ، ولا يكون الدائن حق تتبع المقار إذا خرج من يد الوارث بالبيع إلا إذا كان المشتري سمي . ولئن شأن الدائن أمام تصرف الوارث هو شأنه أمام تصرف المورث فلا فرق ، له أن يطعن فى تصرف التركة ، وشأن الدائن إذا تصرف الوارث هو شأنه أمام تصرف المورث فلا فرق ، له أن يطعن فى تصرف الوارث بالدعوى البولصية إذا توافرت شروطها كما كان له ذلك بالنسبة إلى تصرف المورث . ولكن الوارث يلتزم فى أمواله الخاصة بثبوت ما تصرف فيه من أموال التركة ، وليس لدائنيه أن يتصرفوا من ذلك لأن كل تصرفاته وأقمة نتائجها على أمواله ، ولا سبيل إلا منه عن التصرف إلا بالمعسر ( الأستاذ أحمد عبد الحفيظ الهامة السنة الثانية العدد الثالث - الأستاذ عبد الوهاب محمد الشرائع السنة الأولى ص ٥٧ ) . وانظر من أحكام القضاء فى هذا الرأى : استئناف مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٢٣ ص ٤٢ - استئناف مصر ٨ مارس سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢١٤ - محكمة الاسكندرية ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ القاء ٤ ص ١٨ .

وانظر فى هذه المسألة وما اعظم فيها من خلاف الأستاذين أحمد نجيب الملاد وحلده زك فقرة ١٩٩ - فقرة ٢٠٥ ( وما أشير إليه من مراجع فى الفقه والقضاء ) . وانظر بعباً للأستاذ أحمد إبراهيم فى مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ٣٥٧ - ص ٢٩٨ . وقد أخذت محكمة النقض ، فى عهد التفتين المدنى السابق ، بالرأى الأول . فثبت بأن التركة عند الخفية ، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة ، تشغل بمجرد الوفاة بحق مدنى لدائى التوفى غير مل تبعها واستيفاء ديونهم منها بالتقدم على سواهم من تصرف لم الوارث أو من دائنيه . وهذا هو القانون الواجب على الحاكم المدنية تطبيقه إذا ما تعرضت لفصل فى مسائل المورثين بصفة فرعية . ولا يحول دون ثبوت هذا الحق المدنى لدائى التركة التعلل بأن الحقوق المدنية فى القانون المدنى وردت على سبيل المحصر ، وبأن حق الدائن هذا من نوع الرهن القانونى الذى لم يرد فى التشريع الوضعى ، وذلك لأن عينة الحق مقررة فى الشريعة الإسلامية ، وهى - على ما سبق التوفى - نعايون فى الموارث . وإذن فالحكم الذى يبنى حق الدائن فى تتبع أعيان تركة مدنية تحت يد من اشتراها ، ولو كان المشتري حسن النية وكان عقده سجلاً ، مخالفاً لقانون ( نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩١٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٩ ص ٣٥٦ ) .

من المادة ٨٧٥ مدني على أن « تعيين الورثة وتحديد أنصباهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها ». فلم يقتصر سريان أحكام الشريعة الإسلامية على تعيين الورثة وتحديد أنصباهم في الإرث ، بل امتد أيضاً إلى انتقال أموال التركة إلى الورثة وهذه هي المسألة التي كانت محل خلاف في الماضي ، وقد حسم الخلاف فيها نص صريح كما نرى . إذن لا بد من تطبيق مبادئ الفقه الإسلامي في انتقال أموال التركة إلى الوارث ، وفي حكم بيع الوارث لأعيان التركة قبل سداد ديونها . وقد أخذت فعلاً نصوص التقنين المدني الجديد في الميراث وسداد ديون التركة بهذه المبادئ ، سواء خضعت التركة لنظام التصفية أو لم تخضع .

فنبحث إذن مسائل خمساً : (١) انتقال أموال التركة إلى الورثة في الفقه الإسلامي (٢) تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الديون في الفقه الإسلامي (٣) انتقال أموال التركة إلى الورثة في التقنين المدني الجديد (٤) تصرف الورثة في أعيان التركة التي لم تخضع لنظام التصفية في التقنين المدني الجديد (٥) تصرف الورثة في أعيان التركة التي خضعت لنظام التصفية في التقنين المدني الجديد .

== وقفت أيضاً بأن تصرف الورثة في التركة المستفزة ببيع بعض أعيانها خاضع لحكم القانون المدني من حيث اعتباره من غير مالك ، وبالتالي سبباً صحيحاً لاكتساب الملكية بالتقادم الحسني ، ومن حيث عدم اعتباره محلاً لدعوى إبطال التصرف إضراراً بدائن التركة . لكن الحكم الصادر على هذا الأساس بملكية المشتري العين المبيعة له لا يكسبه هذه الملكية إلا عملة بحق الدائن العين ، لأن التقادم قصير المدة المكسب الملكية لا يمكن أن يكون في الوقت نفسه تقادماً مستقلاً لحق العين الذي يفتقها ، إذ هذا الحق إما هو حق تبين لا يسقط بالتقادم مستقلاً عن الدين الذي هو تابع له . وبقاء هذا الحق للعين على الأرض المبيعة هو سند الدائن في تتبعها بالتنفيذ تحت يد المتصرف إليه . وإذن فنحن الخاطئ أن يلغى بإلغاء إجراءات نزاع الملكية التي يتخذها الدائن على تلك الأرض ، إذ هذا القضاء يكون فيه إهدار لحق الدائن في تتبع العين لاستيفاء دينه ( تقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٠ من ٣٦٥ ) . ويؤخذ على هذا الحكم الأخير أنه متى قرر للدائن حقاً عينياً على العين الموروثة يمكنه من تتبع العقار تحت يد المشتري ، لم يعد في حاجة إلى إنكار ملكية الوارث العقار وإلى ترتيب التقادم الحسني على انضمام الحسني المبيع خالفاً من حق التركة ودائيتها ، فهؤلاء لا يمدون أن يكونوا في مركز المالك الحقيقي ومركز من كسب حقاً من هذا المالك ، فيسري التقادم في حقهم .

#### ١٩٠ - انتقال أموال التركة إلى الورثة في الفقه الإسلامي :

من المقرر في الفقه الإسلامي أن ديون الميت تتعلق بما يتركه من أموال ، فتصبح التركة هي المسئولة عن سداد هذه الديون . والدين يتعلق بمالية التركة لا بذوات أعيانها ، إذ حق الدائن هو أن يستوفي الدين من مالية التركة لا من عين بالذات .

وإذا بحث الفقهاء ، في الفقه الإسلامي ، متى تنتقل أعيان التركة إلى الورثة ، فليس الغرض من تحديد وقت انتقال الملكية القول بأن الورثة يستطيعون التصرف في هذه الأعيان من هذا الوقت . فان ملكية الأعيان تنتقل إليهم والديون متعلقة بماليتها كما قدمنا ، فيقيد هذا من حق الورثة في التصرف كما سنرى . ولكن هناك نتائج أخرى تتوقف على تحديد وقت انتقال ملكية التركة إلى الورثة ، وهل يكون وقت موت المورث أو تبقى التركة على ملك الميت حتى تسدد الديون . ونذكر من هذه النتائج اثنتين : (١) نماء أعيان التركة بالزيادة المتولدة - متصلة كانت أو منفصلة - كالثمرة والولد والربع والسمن ، إذا قلنا ببقاء التركة على ملك الميت يكون ملكاً للميت ، فيقضى من هذا النماء ديونه وتنفذ وصاياه . وإذا قلنا بأن الملكية تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فان هذا النماء يكون ملكاً للورثة ، فلا تقضى منه ديون الميت ولا تنفذ منه وصاياه . (٢) نفقات أعيان التركة ، كتفقة الحفظ والصيانة وكصروفات الحمل والخزن وكطعام الحيوان ، تكون على التركة فيما إذا بقيت ملك الميت . أما إذا انتقلت إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فان هذه النفقات تكون على الورثة ، حتى إذا بيعت أعيان التركة في ديون الميت لم يكن للورثة الرجوع بما أنفقوا ، ويكون عليهم أن يتخلصوا من هذه النفقات بالمبادرة إلى بيع الأعيان لسداد الديون . وكما أن لم نماء الأعيان يكون عليهم نفقتها ، والغرم بالغنم .

وقد اختلفت المذاهب الفقهية في تحديد وقت انتقال التركة إلى ملك الورثة ، فمنها ما ذهب إلى بقاء التركة على ملك الميت ، ومنها ما ذهب إلى انتقالها فوراً إلى ملك الورثة ، ومنها ما ميز بين حالة وحالة .

فبعد المالكية تبقى أموال التركة على ملك الميت بعد موته إلى أن يسدد الدين ، مستغرقاً للتركة أو لم يكن مستغرقاً لها .

وعند الشافعية والحنبلية تنتقل أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث ، مع تعلق الدين بها على النحو الذى قدمناه ، سواء كان الدين مستغرقاً للتركة أو غير مستغرق لها . وفى المذهب الحنبلى ، إلى جانب هذا القول ، قول آخر يذهب إلى بقاء التركة على ملك الميت إلى أن يسدد الدين ، وهو قول يتفق مع مذهب مالك .

وعند الحنفية يجب التمييز بين ما إذا كان الدين مستغرقاً للتركة أو كان غير مستغرق لها . فإن كان الدين مستغرقاً ، تبقى أموال التركة على ملك الميت ولا تنتقل إلى ملك الورثة . بل لا يستطيع الورثة أن يستخلصوا أموال التركة إلا إذا دفعوا كل الديون ، ولا يمكن أن يدفعوا قيمة التركة ، وهذا على رأى المشهور من المذهب الحنفى . وفى قول آخر يمكن لاستخلاص أموال التركة أن يدفع الورثة للدائنين قيمة هذه الأموال لجميع الديون . وأما إن كان الدين غير مستغرق للتركة ، فالرأى الراجح أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث مع تعلق الدين بهذه الأموال . وهناك رأى ثان يذهب إلى أن الأموال لا تنتقل فى هذه الحالة إلى الورثة إلا بعد سداد الدين ، وهذا رأى يتفق مع مذهب المالكية . وهناك رأى ثالث يذهب إلى أنه يبقى على ملك الميت من الأموال ما يمكن لسداد الدين ، وتنتقل بقية الأموال إلى الورثة (١) .

#### ١٩١ - تصرف الورثة فى أعيان التركة قبل سداد الديون فى الفقه

الموسى : اختلفت المذاهب الفقهية فى صحة هذا التصرف ، ولكن اختلافها لا ينفرح حتماً على اختلافها فى الوقت الذى تنتقل فيه التركة إلى ملك الورثة ، وإلا لوجب أن يقول من يذهب إلى انتقالها إلى ملك الوارث بمجرد موت

---

(١) أنظر مرصاً مفصلاً لهذه المذاهب وللأدلة التى يحتج بها كل مذهب فى مقال للأستاذ  
محل الخفيف فى مدى تعلق الموقوف بالتركة فى مجلة التسانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة  
ص ١٥٨ - ص ١٧٤ .



للمورث بصحة تصرف الوارث قبل سداد الدين ، وأن يقول من ينهب إلى بقائها  
على ملك الميت بعدم صحة هذا التصرف وسنرى بعد عرض المناهضات في هذه  
المسألة أن هذا ليس مطرداً .

ف عند المالكية ، وهم القائلون ببقاء أموال التركة على ملك الميت حتى يسدد  
الدين ، يقتضى منطلق هذا القول أن يكون تصرف الوارث في أعيان التركة قبل  
سداد الدين باطلا سواء كان الدين مستغرقاً أو غير مستغرق . ولكن هذا هو  
أحد رأيين في المذهب ، وليس مبنياً على انعدام ملك الورثة بل على حماية حق  
الدائن فهو مقدم على حق الورثة . والرأى الآخر يلعب إلى أن تصرف الوارث  
في التركة المدينة قبل أداء الدين صحيح إذا لم يمس حق الدائن ولم يضره هذا ،  
كأن يأذن فيه قبل أن يباشره الوارث ، أو ينزل عن دينه ، أو يبقى من التركة  
بعد التصرف ما يكفي لسداد الدين . لا فرق في ذلك كله بين أن يكون الدين  
مستغرقاً للتركة أو غير مستغرق . وإذا لم يستطع الدائنون أخذ حقوقهم إلا من  
المبيع ، فلذلك حالتان . الأولى أن يكون الوارث حائلاً بالدين وقت تصرفه  
أو أن يكون الميت مشهوراً بالدين ، وعند ذلك يفسخ البيع إلا إذا دفع المشتري  
قيمة المبيع يوم قبضه ، فإذا دفعها لزم البيع ورجع المشتري على بائعه من الورثة  
بما غرم من قيمته . والحالة الثانية أن يكون الوارث غير حائلاً بالدين ولا يكون  
الميت مشهوراً بأنه مدين ، وعند ذلك يسلم المبيع للمشتري ، ويرجع الدائنون  
على الوارث بقدر الدين الذي قبضه من المشتري سواء كان فيه وفاء بالدين  
أو لم يكن ، ولا يرجع لهم على المشتري بشيء إلا إذا حاباه الوارث في البيع  
فيرجع الدائنون بقدر الحاباة فقط (١) .

(١) وقد جاء في المذونة الكبرى في هذا الصدد : « قلت أرأيت رجلاً ترك مالا وترك  
ديوناً للناس عليه ، وليس في ماله هذا حتى ترك وفاء الحق واحد من الغرماء ، فاعذ الرضى  
المال أو أخذته الورثة فقتضوه رجلاً واحداً وهم لا يملكون بالدين لم الدين ، أو كانوا يملكون  
فقتضوا واحداً من الغرماء دون بقيتهم . قال إذا لم يملوا ببقية الغرماء ولم يكن الميت موصوفاً  
بالدين ، فلا شيء على الرضى ولا على الورثة . فإن علموا أو كان موصوفاً بالدين ، فعليه  
ما يسبب هؤلاء إذا تخاصوا ، ويرجع الورثة أو الرضى إلى اقتضى المال بما غرموا هؤلاء  
الغرماء . وإن كانوا لم يملوا ، وإنما يتبع الغرماء للدين استوفوا المال ، ولا يكون على الرضى  
ولا على الورثة شيء . قلت وحل قوله مالك ، قال نعم هو قوله ... قلت أرأيت إن باع الورثة »

والحنابلة كالمالكية عندهم رأيان : أحدهما أن تصرف الوارث في التركة المدينة قبل أداء المدين بغير إذن الغرماء ، باطل ، والثاني أنه صحيح نافذ مادام لم يمس حقوق الدائنين . ولكن الحنابلة يقفون عند وقت انتقال التركة للورثة ، فن قال منهم إنها لا تنتقل إلا بعد سداد الدين ذهب إلى بطلان تصرف الوارث قبل السداد ، ومن قال إنها تنتقل فوراً بموت المورث ذهب إلى صحة هذا التصرف (١) .

وعند الشافعية ، وهم القائلون بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث ، لا يجوز مع ذلك للوارث أن يتصرف في أموال التركة المدينة ، ولو كان الدين غير مستغرق للتركة . ذلك أن التركة تنتقل إلى الوارث مثقلة بالدين ، فيتعلق الدين بها كما يتعلق الرهن ، والرهن عند الشافعية يمنع من بيع

---

تركة الميت فأكلوها واستهلكوها ، ثم قدم قوم فأناشوا البيعة على دين لم يعل الميت ، قال قال مالك إن كان الرجل الميت مبروراً بالدين ، فيادر الورثة الغرماء فأغضوا ماله فباعوه واقتسموه وأكلوه ، كان الغرماء أن يأخذوا مال الميت حيناً وجدهوه ، ولا يجوز بيع الورثة ، واتبع الذين اشتروا الورثة . وإن كان الرجل الميت لا يعرف بالدين ، فباعوا على مثل ما يبيع الناس تركة ميتهم ، اتبع الغرماء الورثة ، ولم يكن لهم على من اشترى منهم سبيل ، ولا يأخذون من الذين اشتروا ما في أيديهم . قال ابن القاسم أخبرني بهذا عن مالك غير واحد من أصحابنا ، وهو وأبي . سمعنا من ابن وهب قال مالك في الرجل يملك وهو مدين أو غير مدين معروف كلاهما في حاله ، ثم يبيع الورثة أمواله فيقتسموها : ثم يأتي دين على هذا الميت ، فيوجد المال بأيدي الناس الذين اشتروا . قال أما الذي يعرف بالدين ولا يجهل أمره ، فإن الغرماء يأخذون ما وجدوا بأيدي الناس الذين اشتروا ، ويتبع الذين اشتروا الورثة بأموالهم . وأما الذي لا يعرف بالدين ولا يظن به الدين ، فاعلم يتبع غرماءه الورثة بشئ ما باعوا كان فيه وفازهم أو لم يكن . ( للمدونة الكبرى جزء ١٣ ص ٥٧ - ص ٥٩ ) .

(١) وقد جاء في المتن في هذا الصدد : « حتى يمش أصحابنا فين مات وعليه دين ، هل يمنع الدين نقل التركة إلى الورثة ؟ وروايتين : إحداهما لا يمنعه ، والخبر ولأن تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك في حق الجاني والراهن والمفلس فلم يمنع نقله . فإن تصرف الورثة في التركة يبيع ونحوه ، صح تصرفهم ، ولزمتهم أداء الدين ، فإن تمرد وفازوه فسحق تصرفهم ، كما لو باع السيد عبده الجاني أو التصاب الذي وجبت التركة . والرواية الثانية بمنع نقل التركة إليهم لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين ، فيبطل التركة للوارث من بعد الدين والوصية ، فلا يجب لمالك قبلها . قل هذا لو تصرف الورثة ، فلم يصح تصرفهم ، لأنهم تصرفوا في غير ملكهم ، إلا أن يأذن الغرماء لهم . وإن تصرف الغرماء ، لم يضرح إلا بإذن الورثة » ( المتن جزء ٤ ص ٤٨٧ ) .

العين الموهوتة . وكان مقتضى ذلك أنه يجوز للوارث بيع مال التركة باذن الدائن ، ولكنهم مع ذلك لم يجوزون التصرف ولو باذن الدائن ، لأن الدين لا يزال معلقا بنفس المبت ، بخلاف الرهن فإن اذن المرهن يسقطه . فالشافعية إذن يذهبون إلى أن تصرف الوارث في التركة المدبنة بأى دين ، ولو لم يكن مستغرقا ، قبل سدادده تصرف باطل . وللدائنين أن يتبعوا أعيان التركة في يد المشتري ، وللمشتري الرجوع على الوارث بما أدى من الثمن . ويستثنى من ذلك تصرف الوارث في التركة لسداد الدين ، فهو صحيح إذا كان باذن جميع الدائنين ، أو باذن القاضى إذا لم يكن الثمن أقل من القيمة . وهناك رواية أخرى في مذهب الشافعى أنه يصح تصرف الوارث في التركة المدبنة ، لأن الدين حق يتعلق بالمال من غير رضا المالك فلم يمنع التصرف كمال المريض ، فإن قضى الوارث الدين لزم تصرفه ، وإن لم يقضه فسخ التصرف (١) .

وعند الحنفية ، وهم القائلون بانتقال أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث إذا كان الدين غير مستغرق وإلا فيبقاها على ملك المبت ، لا يجوز مع ذلك للوارث حق التصرف لحسابه الشخصى ، وإلا كان التصرف باطلا ، سواء كانت التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة . ويبيع الدائن العين في يد المشتري لبطلان التصرف ، ويرجع المشتري على الوارث بما أدى من الثمن . على أنه يجوز للوارث باعتباره خليفة عن المبت أن يتصرف في أموال التركة المدبنة لسداد الدين ، ويصح تصرفه في هذه الحالة . وهناك من فقهاء الحنفية من لا يقول ببطلان التصرف ، إلا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين وكان الوارث

(١) وقد جاء في المذهب في هذا الصدد : « ومن مات وعليه ديون ، تملتت الديون بمال كما تملت بالحجر في حياته ... فإن تصرف الورثة في التركة قبل مضى الدين ، فبطل وجهان : أحدهما لا يصح ، لأنه مال تعلق به دين ، فلا يصح التصرف من غير رضا من له الحق كالمرهون . والثاني يصح ، لأنه حق تعلق بالمال من غير رضا المالك ، فلم يمنع التصرف كمال المريض . وإن قلنا إنه يصح ، فإن قضى الوارث الدين نفذ تصرفه ، وإن لم يقض فسخنا ... وإذا قسم مال المفلس أو مال الميت بين الورثة ، ثم ظهر غريم آخر ، رجع على الورثة وشاركهم فيها أخذوه كل قدر دينه ، لأننا إنما قسمنا بينهم بحكم الظاهر أنه لا غريم له غريم ، فإذا بان بخلاف ذلك وجب نقض القسمة ، كالحاكم إذا حكم بحكم ثم وجد النص بخلافه » ( المذهب جزء أول ص ٢٢٧ ) .

يتصرف لحسابه الشخصى أما إذا لم تكن التركة مستغرقة بالدين ، وتصرف للوارث لحسابه الشخصى ، كان التصرف صحيحاً نافذاً ما بقى فى التركة مابقى بسداد الدين ، أو أجاز الدائن التصرف (١) .

ومخلص مما قدمناه عن اختلاف المذاهب فى هذه المسألة أن الأساس الذى يقوم عليه تقييد حق الوارث فى التصرف قبل سداد الدين هو حماية الدائن ، وليس هو انعدام الملكية أو وجودها عند الوارث . واختلاف الأقوال يرجع إلى اختلاف الطريقة التى يرمى بها حق الدائن . فمن الأقوال ما يعمن فى حماية الدائن إلى حد أن يطل تصرف الوارث قبل سداد الدين ، وهذا قول فى كل من المذاهب الأربعة . ومنها ما يجعل تصرف الوارث صحيحاً بشرط ألا يمس

---

(١) وله جاء فى المبسوط للرحسى : « الذين إذا كان محبطاً بالتركة يمنع ملك الوارث فى التركة ، وإن لم يكن محبطاً لملكه فى قول أبى حنيفة رحمه الله الأول ، وفى قوله الآخر لا يمنع ملك الوارث بحال لأنه يخلف الموروث فى المال ، والمالك كان ملوكاً البيت فى حال حياته مع اشتغال بالدين كالمهرمون ، فكذلك يكون ملكاً الوارث . وحجتنا فى ذلك قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين ، فقد جعل الله تعالى أداء الميراث بعد قضاء الدين ، والحكم لا يسبق لأوانه . فيكون حال الدين كماله فى حياة المورث فى المعنى ، ثم الوارث يختلف فيها بفضل من حاجته ، فأما المشغول بحاجته لا يختلف وارثه فيه . وإذا كان الدين محبطاً بتركة ظالم مشغول بحاجته ، وقيام الأصل يمنع ظهور حكم الخلف . ولا يقال بين ملوكاً بغير مالك ، تبقى مالكية المهيون فى ماله حكماً لبقاء حاجته » ( المبسوط جزء ٢٩ ص ١٣٦ - ص ١٣٨ ) . وجاء فى الزيلعى : « إن الدين يجب فى التمة . ولا ينتقل بالموت من التمة إلى التركة . ألا ترى أن التركة لو هلكت لا يفسد ، وأن الوارث أن يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر . بخلاف الوصية فإن حق الموصى له يتعلق بعين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك التركة ، وليس للوارث أن يستخلص التركة ويطلبه من محل آخر . ولأبى يوسف رحمه الله أن الدين بالموت يتعلق بالتركة لخرب التمة ، ولهذا لا يثبت الملك فيها للوارث ولا ينتقل تصرفه فيها إذا كانت مستغرقة بالدين » ( الزيلعى جزء ٦ ص ٢١٤ ) . وجاء فى حاشية الشلبى على الزيلعى ( جزء ٦ ص ٢١٤ ) : « إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، فأراد الوارث استخلاص التركة ونفذ المال ، يجبر رب الدين على القبول . لأن عند استغراق التركة بالدين ، وإن كان لا ملك لم ، ولكن لم حق استخلاص التركة . أما لو قالوا نحن نؤدى الدين ولم يكن المال نقداً ، كان لقاضي أن يبيع التركة ويقضى حق الترماء . والأجنبى لو قفده الدين لا يجبر رب الدين على القبول ، لأنه ليس له ولاية استخلاص التركة بخلاف المورثة . والدين إذا كان زانهاً على التركة ، وظروفة ولاية استخلاص التركة بأداء جميع الدين لا يقتدر التركة ، كالمد الجاهل إذا قفده مولاه قفاه بارشه » .

حق الدائن ، فينشد التصرف بإجازة الدائن أو بنزوله عن ديبته أو ببقاء مال في التركة يكتفى لسداد الدين ، وهذا قول آخر في كل من المذاهب الأربعة كذلك .

### ١٩٢ - انتقال الركة المربنة إلى الورثة في التقنين المصري الجديد :

وقد عني التقنين المدني الجديد بتنظيم القاعدة الفقهية التي تقضي بالآركة إلا بعد سداد الدين ، وهي القاعدة التي رأينا المذاهب الفقهية المختلفة قد تضاربت في تحديدتها وفي استخلاص نتائجها . فأورد نظاماً مفصلاً لتصفية التركات المدنية ، بعد أن قرر إجمالاً وجوب اتباع الفقه الإسلامي في الميراث ، لا في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فحسب ، بل أيضاً في كيفية انتقال أموال التركة إلى الورثة كما سبق القول .

ونرجز هنا ما انطوت عليه نصوص التقنين المدني الجديد من مبادئ رئيسية في انتقال أموال التركة من المورث إلى الوارث ، وفي حقوق الدائنين المتعلقة بالركة وكيفية سداد الديون . وقد انطوى التقنين المدني في هذا الصدد على مبادئ رئيسية ثلاثة ، استقيت كلها من مبادئ الفقه الإسلامي في ملأه المختلفة :

أولاً - تنتقل أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث ، مع تعلق حقوق الدائنين بها . فتنتقل هذه الأموال مثقلة بحق عيني هو أقرب إلى أن يكون حق رهن ، ولكنه رهن مصلره القانون وليس الاتفاق مع الدائنين ، فهو رهن قانوني . ولا بد من شهر هذا الحق ليكون نافذاً في حق الغير ممن عصى أن يتصرف له الوارث (١) .

(١) وقد قسست محكمة دمنهور الكلية بأن التركة ، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة ، تنتقل بمجرد الوفاة مثقلة بحق عيني لدائني المورث ، بخلاف لم تتبعها واستيفاء ديونهم بالتقدم سوام من تصرف له الوارث أو من دائنيه . هذا الحق العيني يتوافر له خصيصة التتبع والتقدم لاستيفاء دائني المورث حقوقهم من التركة بلا تفرقة بين حائز حسن النية وآخر سيئ النية ، وإليه متعلق بالركة كلها تعلق دين الرهن بالمرهون ( دمنهور الكلية ٢١ مارس سنة ١٩٥٤ الجلسة ٣٦ رقم ٥٧٥ ص ١٥٩٠ ) .

ثانياً - ولما كانت أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فإنه يجوز للورثة منذ هذا الوقت أن يتصرفوا فيها ، ولكن تصرفهم يكون خاصاً لحقوق الدائنين على النحو الذى أسلفناه .

ثالثاً - ويكون سداد الديون ، إذا لم تخضع التركة لنظام التصفية ، بموجب إجراءات فردية يتولاها كل دائن لنفسه ، فيتخذ من الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية لاستيفاء حقه من أموال التركة ما يقرره القانون لكل دائن ، وذلك إما عن طريق الحجز على هذه الأموال وهى فى يد الورثة ، وإما عن طريق تتبعها والحجز عليها فى يد الغير إذا تم الشهر الذى أسلفناه الإشارة إليه - ويترتب على ذلك أن حالة الدائنين بعد موت المورث ، من حيث الاتجاه إلى الإجراءات الفردية ، تماثل حالتهم قبل موته . فمن سبق منهم غيره إلى التنفيذ ظفر بحقه ، ومن تأخر فقد يضيق عليه حقه كله أو بعضه . على أنه لا يجوز لأى دائن بعد موت المدين أن أخذ اختصاص على عقار فى التركة ( م ١٠٨٥ / ٢ مدنى ) . أما إذا خضعت التركة لنظام التصفية ، فلا يكون سداد الديون إلا بإجراءات جماعية يتولاها المصنف نيابة عن التركة . ومن ثم لا يجوز لأى دائن أن يتخذ إجراءات فردية لاستيفاء حقه ، بل يقوم المصنف فى التركة - كما يقوم السنديك فى القليسة - بمجرد أموال التركة وحصر الديون التى عليها وسدادها وتوزيع ما بقى بعد السداد على الموصى لهم والورثة . وإن ضاقت التركة بوفاء الديون ، نحاص الدائنون ، وأخذ كل منهم حصة بنسبة دينه ، ولم يأخذ الموصى لهم والورثة شيئاً .

### ١٩٣ - تصرف الوارث فى أعيان التركة المدينة التى لم تخضع

نظام التصفية : ونخصص القول هنا فى حكم تصرف الوارث فى أعيان التركة المدينة قبل سداد الدين إذا كانت هذه التركة لم تخضع لنظام التصفية . وقد قلنا أن حقوق الدائنين تتعلق بأعيان التركة أشبه ما تكون بحق رهن ، وأنه لا بد من شهر هذا الحق ليكون نافذاً فى حق من تصرف له الوارث ، ويكون الشهر بتأشير الدائن بدينه فى خلال سنة من شهر حق الإرث ، ويجرى التأشير

أمام اسم المورث في سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفقهاء الأئمة .

فاذا تم التأشير على هذا النحو ، استطاع الدائن أن ينفذ بحقه على عقارات التركة ولو كان الورثة قد تصرفوا فيها ، فيقتبها في يد من وقع التصرف لهم . وقد ورد هذا الحكم في المادة ٩١٤ مدني ، إذ تنص على ما يأتي ، « إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً لأحكام النصوص السابقة : جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها أو التي رتب عليها حقوق عبثية لصالح الغير ، إذا أثروا بدينهم وفقاً لأحكام القانون (١) » . وأحكام القانون هنا تبينها المادة ١٤ من قانون تنظيم الشهر العقاري، وتجري على الوجه الآتي : « يجب التأشير بالمحركات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل الإشارات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها ويحتاج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يمتنع بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير (٢) » .

(١) أنظر في عهد التتبع المدني السابق : استئناف مخطوط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٢٠

ص ٣١٧ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقاري في هذا الصدد : « ومؤدى هذا النص أن تأشير الدائن بدينه في السجل العقاري له حقه مطلقاً قبل الغير ، حتى لو كان هذا الحق قد تلقاه صاحبه وشهره قبل هذا التأشير . أما بعد هذا الميلاد ، فالقاعدة بأسيقية الشهر بين الدائن وبين من تلقى الحق من الوارث . ولا ينفذ ميلاد السنة بالنسبة إلى الدائن إلا من تاريخ شهر الإرث . أما إذا لم يشهر حق الإرث ، فللدائن أن ينفذ على أعيان التركة استيفاء لحقه ، والمفروض أنها تكون باقية على ملك الوارث إذ لا يجوز شهر أي تصرف صادر منه قبل شهر حق الإرث ذاته . والدائن في جميع الأحوال ، ولو أغفل التأشير بدينه بعد استطاعته ذلك - أي بعد شهر حق الإرث - أن ينفذ على أعيان التركة التي تكون باقية على ملك الوارث . بمعنى أنه إذا باع الوارث بعض عقارات التركة وسجل هذه البيع ( بعد تسجيل حق الإرث ) ، ولم يؤثر الدائن بدينه ، كان لهذا الأخير الرجوع على عقارات التركة التي لم يخلق بها حق الغير . وإذا ومن الوارث بعض عقارات التركة رقيقه الرهن ، فللدائن الذي لم يؤثر بدينه أن يرجع على هذا المقار المرهون ، ولكن يكون للدائن المهرن أن يمتنع »

وتطبيقاً لما قدمناه نفرض أن الوارث قد باع عقاراً في التركة قبل أن يسدد ديونها . فإذا كان الدائن قد أشر بدينه على النحو الذي أسلفناه في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، ولم يستوف حقه من الوارث أو من أى طريق آخر ، كان له أن يتبع العقار تحت يد المشتري ، كما كان يتبعه لو أنه كان دائماً مرتهناً ، فيستوفى حقه منه ، حتى لو كان البيع مسجلاً قبل تأشير الدائن بدينه مادام التأشير قد تم في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث كما سبق القول . ونرى من ذلك أن من يتعامل مع الوارث فيشتري منه عقارات للتركة ، يجب عليه أن يتحوط فلا يقدم على الشراء قبل انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث (١) ، وعند ذلك يستطيع أن يبين ما إذا كان هناك دائن للتركة أشر بدينه

== قبله بحق الزمن . وما تقدم يرى أن المادة ١٤ مكررة المادة ١٣ التي أوجبت شهر الإرث حتى يستطيع الوارث التصرف في عقارات التركة . وقد أخضعت المادة ١٤ ديون الزنماء لنظام التأشير المباشر ، ولم توجب شهرها استقلالاً بطريق التسجيل . فإذا أمل الوارث شهر حقه ، لم يلتزم دائن التركة بشهر دينه ، مع بقاءه محمياً بقاعدة لا تركة إلا بعد وفاة المليون ، فنقل ديون التركة رغم غفائها عاقبة بأعيانها كما لو كانت مرهونة بها . وانظر الأستاذ محمد كامل مرسى في الحقوق العينية الأصلية جزء ٥ ، فقرة ١٥٩ ص ١٩٦ - والأستاذ محمد علي عرفه في الانجاعات الحديثة في الميراث وتصفية التركة في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٢٣ .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٨ من قانون تنظيم الشهر العقاري على أن « لكل ذي شأن أن يطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة نحو التأشير المشار إليه في المادة الرابعة عشرة ، قيامه به القاضى إذا كان سنة الدين معلوماً نفسه ملتبساً جدياً » . فيجوز إذن أن يطلب المهر الوارث أو دائن آخر للتركة أو دائن شخصي للوارث أو مشتر من الوارث يضره التأشير فيطلب محوه . والأفضلية المتوقعة على أسبقية الشهر لا تكون فيما بين دائن التركة ، فلا يتقدم أحدهم على الآخر بمجرد أنه أشر بحقه قبله . ولكن الدائن الذي أشر في خلال السنة له أن يتبع العقار في يد الغير ، ولا يستطيع هذا النتج الدائن الذي لم يؤثر في خلال هذه المدة ( الأستاذ محمد كامل مرسى في الحقوق العينية الأصلية جزء ٥ فقرة ١٦٢ - الأستاذ محمد علي عرفه المقال المشار إليه في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٢٧ ) .

(١) أما قبل شهر حق الإرث ، فإن القانون لا يمكن الوارث من التصرف في عقارات التركة ، إذ يمنع شهر أى تصرف يصدر منه قبل أن يشهر حق أرثه . وتقول المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري في هذا الصدد : « يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشتادات الورثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث ، مع قوائم جرد للتركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية ، وذلك بدون رسم . وإلّا أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر لى تصرف يصدر عن الوارث في حق من هذه الحقوق » .



حتى يتعامل مع الوارث على هذا الأساس . فاما أن يحتجز من الثمن مقدار الدين ليقوم هو بسداده للدائن ، وإما أن يجعل الوارث بين الدين ، فإن لم يفعل لا هذا ولا ذاك عرض نفسه لإجراءات التمتع التي يقوم بها دائن الشركة (١) .

فإذا لم يتم الدائن بالتأشير بدينه في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، لم يعد حقه نافذاً في مواجهة المشتري إذا سجل المشتري البيع قبل أن يقدم الدائن بالتأشير بعد انقضاء السنة . فإذا أشر الدائن بدينه بعد انقضاء سنتين مثلاً ، فإن كان المشتري قد سجل البيع قبل هذا التأشير لم يستطع الدائن تتبع العقار في يده ، ما لم يكن المشتري سبباً التمتع متواطئاً مع الوارث بحيث يجوز للدائن أن يظن في البيع بالدعوى البولصية . وإن كان المشتري قد سجل البيع بعد تأشير الدائن ، كان للدائن أن يتبع العقار في يد المشتري وأن يستوفى منه حقه ٢ . وفي جميع الأحوال يجوز للدائن ، إذا لم يستطع أو لم يرد تتبع العقار ، أن يستوفى حقه من أموال الشركة الأخرى التي لا تزال باقية في يد الوارث ، كما له أن يرجع بالتعويض على الوارث في ماله الشخصي إذا كان هذا قد باع العقار غشاً وإضراراً بحقوق الدائن ولو لم تتوافر شروط الدعوى البولصية .

أما إذا كانت العين التي باعها الوارث قبل سداد الدين منقولة ، فلا تأثير لتأشير الدائن بدينه في هذا البيع وينظر في هذه الحالة إلى المشتري ، فإن كان سبباً التمتع ، أى يعلم أن المقول الذي يستريه هو من أموال شركة لم تسدد ديونها ،

(١) ويظهر أن المشتري من الوارث لا يستطيع تطهير العقار ، كما كان يستطيع لو أن العقار كان موهباً رهنياً رسمياً ، فإن التطهير إجراء استثنائي لا يمتد من الرهن الرسمي إل غير من الموقوف المائنة إلا بنسب في القانون . ولذلك جاز التطهير في حق الاختصاص لوجود هذا النص (م ١٠٠٥ مدني ، ولم يميز في الرهن الحيازي لانداده .

٢١ - الاختصاص على أساس فقرة ١٧٦ ص ٩٥ - الأستاذ عبد الله بن عبد الوهاب في فقرة ١٩٥ ص ٢٦ - وإذا باع المورث عقاراً ولم يسجل المشتري البيع قبل موت المورث ، ثم باع الوارث العقار ذاته ، فإن المشتري من المورث يفضل على المشتري من الوارث إذا سجل حقه في خلال السنة التي تل شهر حق الإرث أو أشر بدينه باعتباره دائناً لشركة في خلال هذه السنة ، حتى لو سجل المشتري من الوارث حقه قبل ذلك . أما إذا سجل المشتري من المورث البيع أو أشر ماله من بعد انقضاء السنة ، فالعبرة في المفاضلة بينه وبين المشتري من الوارث بالأسبقية في التحصيل أو التأثير . وستعود إلى هذه المسألة بتفصيل لوفى فيما يلي ( انظر فقرة ٢٧٠ ) .

جاز للدائن أن يتبع هذا المتقول في يد المشتري وأن يستوفى حقه منه . أما إذا كان المشتري حسن النية ، فقد ملك المتقول بالحيازة ، ولا يستطيع الدائن أن يتبعه في يده ، وليس له إلا الرجوع بحقه على بقية أموال التركة التي لا تزال في يد الوارث . فان لم يجد شيئاً يستوفى منه حقه ، رجع بيمين المتقول على الوارث إذا كان حسن النية ، أو رجع عليه بالتعويض إذا كان سيئ النية أى يعلم قبل أن يبيع المتقول أن على التركة ديناً لم يسدد .

#### ١٩٤ - تصرف الوارث في أعيان التركة المدينه التي خضعت لنظام

التصفية : وقد تخضع التركة المدينه لنظام التصفية . وينبدر إلى القول إن كل تركة لا تخضع حتماً لهذا النظام ، بل إن الكثرة الغالبة من التركات لا تخضع له ، لما فيه من إجراءات طويلة ومصروفات كثيرة ، مما يجعل النظام غير صالح إلا للتركات الكبيرة الكثيرة الديون . ومن ثم جعل طلب إخضاع التركة لنظام التصفية رخصة لأى من ذوى الشأن - الدائن أو الموصى له أو الوارث - على أن يخضع هذا الطلب لتقدير القاضي ، فان لم ير موجباً لذلك رفض إخضاع التركة لهذا النظام (١) . وهذا كله إذا لم يعين المورث نفسه وصياً لتركته . فان عين وصياً للتركة ، وأقر القاضي هذا التعيين ، فانه يسرى على وصى التركة ما يسرى على المصنف من أحكام (٨٧٨ مدين) . وهذا ما تنص عليه المادة ٨٧٦ مدين في خصوص جواز إخضاع التركة لنظام التصفية : « إذا لم يعين المورث وصياً لتركته ، وطلب أحد ذوى الشأن تعيين مصف لها ، عينت المحكمة ، إذا رأت موجباً لذلك ، من تجميع الورثة على اختياره . فان لم تجمع الورثة على أحد ، تولى القاضي

---

(١) ورى من ذلك أن ما يوجهه الأستاذ محمد أبو زهرة ، في كتابه أحكام التركات والموارث ( ص ٦٤ - ص ٧٤ ) ، من الانتقاد لنظام التصفية ، لما يتضمنه من مصروفات كثيرة وإجراءات طويلة ، لا محل له . فهو ليس بنظام إجبارى ، بل هو ليس بنظام اختياري يجوز لذوى الشأن تطبيقه متى شاؤوا . وإنما هو نظام وضع لتصفية التركات الكبيرة إذا أثقلتها الديون وتمددت ثرونها ، فالنظام ملائم كل الملاسة لمثل هذه التركات . والقاضى وحده هو الذى يقرر ما إذا كان ينبغي لطلب إخضاع التركة لنظام التصفية ، وهو لا يستجيب لهذا الطلب إلا إذا وجد من ظروف التركة ما يبرر ذلك ( انظر من هذا الرأى الأستاذ محمد كامل مرسى فى الحقوق البينية الأصلية جزء ٥ ص ١٥٩ حاش وقم ١ ) .

اختيار المصنى ، على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة ، وذلك بعد سماع أقول هؤلاء .

فإذا خضعت التركة للتصفية ، قام مقام تأشير الدائن بدينه على النحو الذى بيناه فيما تقدم قيد الأمر الصادر بتعيين المصنى . وقد نصت المادة ٨٧٩ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : ١ - على كاتب المحكمة أن يقيد بوما فىوما الأوامر الصادرة بتعيين المصنى وبثبوت أوصياء التركة فى سجل عام تدون فيه أسماء الورثة بحسب الأوضاع المقررة للقهارس الأبجدية . ويجب أن يؤشر فى هامش السجل بكل أمر يصدر لعزل ، وبكل ما يقع من تنازل . ٢ - ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصنى من الأثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات التركة ما للتأشير المتصوص عليه فى المادة ٩١٤ . فأى تصرف يصدر من الوارث ، إذا قيد الأمر الصادر بتعيين المصنى فى خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، لا يكون نافذاً فى حق دائى التركة ، ولغولاء أن يتبها العقار المبيع فى يد المشتري على النحو الذى بيناه تفصيلا فى حالة تأشير الدائن بدينه فى خلال السنة . أما إذا قيد الأمر المذكور بعد انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، فالعبرة بالأسبقية فى الشهر كما سبق للقول . وكذلك للدائنين تتبع متغولات التركة التى يبيعها الورثة قبل سداد الديون ، ما لم يكن المشتري حسن النية على التفصيل الذى أوردناه فيما تقدم . بل إن الوارث إذا تصرف غشاً فى شىء من مال التركة الخاضعة لنظام التصفية ، هوقب بعقوبة التبديد كما سرى .

على أن نظام التصفية ذاته يقضى بتل يد الورثة عن التصرف فى أعيان التركة ، وبجعل سداد ديون التركة عن طريق إجراءات جماعية كما سبق القول . فيقوم المصنى ، كما قدمنا ، بمجرد أموال التركة ، وحصر الديون التى عليها ، وسداد ه وتوزيع ما بنى بعد السداد على الموصى لهم والورثة . ولا يجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصنى أن يتخذ الدائنون أى إجراء ، كما لا يجوز لم أن يستمروا فى أى إجراء اتخذوه ، إلا فى مواجهة المصنى ( م ٨٨٣ / ١ مدنى ) . ولا يجوز للوارث . قبل أن تسلم إليه شهادة التوديث ، أن يتصرف فى مال التركة ، كما لا يجوز له أن يستوفى ما للتركة من ديون أو أن يجعل دينا عليه قصاصاً بدين التركة ( م ٨٨٤ منه ) . وعلى المصنى أن يكلف دائى التركة

ومدينها أن يقدموا بياناً عما لهم من حقوق وما عليهم من ديون ، وأن يودع قلم كتاب المحكمة خلال اربعة اشهر من يوم تعيينه قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال ( م ٨٨٦ - ٨٨٧ مدني ) . ويعاقب بمقوبة التبديد كل من استولى غشاً على شيء من مال التركة ، ولو كان وارثاً ( م ٨٨٩ مدني ) . ثم تصني المنازعات في صحة الجرد ، ولو عن طريق دعاوى أمام المحاكم المختصة ، ويقوم المصني بعد ذلك بوفاء ديون التركة . ولكن عليه في حالة إعمار التركة أو إحتمال إعمارها ، أن يقف تسوية أي دين حتى يفصل نهائياً في جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة ( م ٨٩٢ مدني ) . ويجوز للمحكمة بناء على طلب جميع الورثة أن تحكم بحلول الدين المؤجل الذي على التركة بشروط معينة ، فإذا لم يقض بحلول الأجل تنوى المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون في نتيجه معادلاً لصافي حصته في الإرث . وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة تأميناً كافياً على عقار أو منقول ، على أن تحفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين . فإن استحال تحقيق ذلك ، ولو بإضافة ضمان تكيل بقدمة الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى ، رتب المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها ( م ٨٩٥/٢ مدني ) . وبعد تسوية الديون على هذا النحو ، إذا ظهر دائن للتركة لم يستوف حقه لعدم ذكره في قائمة الجرد ولم تكن له تأمينات على أموال التركة ، لم يجز لهذا الدائن أن يرجع على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على أموال التركة ، وإنما له الرجوع على الورثة بسبب إرثهم ( م ٨٩٧ مدني ) .

وبعد أن يقوم المصني بتنفيذ التزامات التركة من تجهيز الميت وسداد الديون والتكاليف والوصايا وغير ذلك (١) ، يخلص ما بقي من المال للورثة كل بحسب نصيبه الشرعي ، ويسلم المصني لم ما آل إليهم من هذه الأموال ( م ٨٩٩ -

---

(١) ويشمل ، لتنفيذ الديون والوصايا ، في مال التركة نماؤها . ويتفق هذا مع رأي الكثرين من المحايلة فهم يحملون التركة ملكاً للورثة بمجرد موت المورث ويحصلون الديون مع ذلك متعلقة بناتها لتعلمها بأصل انقضاء ( الأستاذ عل الخفيف في المقال المشار إليه ص ٢٢٠ - الأستاذ محمد أبو زهرة في أحكام التركات والمورثات ص ٢٧ ) .

٩٠٠ مدنى) . وتسلم المحكمة إلى كل وارث يقدم إعلاناً شرعياً أو مايقوم مقام هذا الإعلان شهادة تقرر حقه فى الإرث ، وتبين مقدار نصيبه منه ، وتعين ما آل إليه من أموال التركة ( م ٩٠١ مدنى ) . وهذه الشهادة هى التى يسجلها ، فيشهر بذلك انتقال المال للموروث إليه . وهى تتيح له من وقت تسلمها التصرف فى هذه الأموال ، كما سبق القول . على أنه يجوز للورثة ، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد ، المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء أو النقود التى يحتاج لها فى تصفية التركة ، أو أن يتسلموا بعضاً منها ، وذلك مقابل كفالة أو بدون تقديمها ( م ٩٠٠ مدنى ) . وغنى عن البيان أن الوارث الذى يتسلم شيئاً من ذلك يكون له حق التصرف فيه ، ولو قبل أن يتسلم شهادة التوريث .

#### ٥٠ - بيع المحجوز عليه والمصر

١٩٥ - **بيع المحجوز عليه :** يبدأ التنفيذ على عقار المدين بإعلان التنبية بنزع ملكية العقار إلى المدين ( م ٦١٠ مرافعات ) . ويجب تسجيل التنبية قبل انقضاء ستين يوماً على إعلانه وإلا اعتبر كأن لم يكن ، ولا يجوز تسجيله قبل مضى خمسة عشر يوماً على إعلانه ( ٦١٣ مرافعات ) . ويرتب على تسجيل التنبية اعتبار انقار محجوزاً ، ويسقط هذا التسجيل ويحصل شطبهُ بمجرد طلبه بغيرضة تقدم إلى مكتب الشهر إذا لم يعقبه خلال المائتين والأربعين يوماً التالية له التأشير على هامشه بما يفيد الاخبار بإبداء قائمة شروط البيع أو صدور أمر قاضى البيع بحد هذا الميعاد ( ٦٥١ مرافعات ) .

فإذا ماتم تسجيل التنبية على النحر المتقدم فاعتبر العقار محجوزاً ، لم يعد يجوز للمالك العقار المحجوز ، سواء كان هو المدين أو الخائر للعقار ، أن يبيعه . ويبيع المالك العقار لا يكون نافذاً فى حق الدائن الحاجز ولا فى حق الراسى عليه الزاد ، إلا إذا كان البيع قد حصل تسجيله قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . فإن سجل التنبية قبل تسجيل البيع ، كان البيع غير نافذ فى حق هؤلاء . وقد كان تقنين المرافعات الوطنى السابق لا ينص صراحة على هذا الحكم وإن ( م ٢٢ - المبحث ٩٠ )

نص عليه تقنين المرافعات المختلط (١) . فاختلف الرأي في تحديد الوقت الذي يمنع فيه المحجوز عليه من بيع عقاره أم وقت تسجيل التنبيه أم هو وقت البيع بالمراد (٢) . ولكن تقنين المرافعات الجديد حسم هذا الخلاف ، ونص صراحة على منع المحجوز عليه من بيع العقار المحجوز من وقت تسجيل التنبيه ، إذ نصت المادة ٦١٦ مرافعات حل أنه : لا ينفذ تصرف المدين أو الخائر في العقار ، ولا ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز ، في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا في حق الدائنين المشار إليهم في المادة ٦٣٧ ( الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنبيه فأصبحوا طرفاً في الاجراءات ) ولا الراسى عليه الزاد ، إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه زرع الملكية . ومع ذلك ينفذ التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز المشار إليه إذا قام ذوو الشأن ، قبل اليوم المحدد للبيع ، بإبداع مبلغ يكفى للوفاء بأصل الديون ، والفوائد والمصاريف التي للحاجزين والدائنين المشار إليهم سواء حلت ديونهم أو لم تحل مع إعلانهم جميعاً بالإبداع ، وتكون هذه المبالغ مخصصة لوفاء ديون من ذكروا دون غيرهم من الدائنين . فإذا لم يحصل الإبداع قبل إيقاف البيع ، فلا يجوز لأى سبب منح ميعاد للقيام به .

ويخلص من النص المتقدم أن بيع العقار المحجوز إذا لم يسجل قبل تسجيل تنبيه زرع الملكية - فلا يكتفى إذن أن يكون البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه - لا يكون نافذاً في حق الدائنين الحاجزين والدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنبيه والراسى عليه الزاد (٢) . فيستطيع هؤلاء أن يواصلوا إجراءات التنفيذ دون التفات لهذا البيع ، إذ هو غير سار في حقهم ، والراسى عليه الزاد أن

---

(١) فكانت المادة ٦٠٨ من تقنين المرافعات المختلط تنص على أنه : لا يجوز للمدين من يوم تسجيل التنبيه أن يتصرف في العقارات المذكورة في التنبيه ، وإلا كان التصرف باطلاً من تلقاء نفسه وبلا حاجة إلى حكم بذلك .

(٢) وكانت محكمة النقض تقضى بأن المدين يبق على حقه في التصرف في العقار حتى يباع عليه بالمراد ( نقض جنائي ١٩ مارس سنة ١٩٢٤ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ص ١١٥ - نقض مدني ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٩ ص ٩٨٨ ) .

(٣) ولكنه لا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال ، بل يكون ييماً صحيحاً نافذاً فيما بين البائع والمشتري .

يخلص بالمقار دون أن يحتج عليه بالبيع (١) . فإذا استوفى الدائتون حقوقهم من الثمن الذي رسا به المزا، وبن فضل ، فهذا الفضل للمشتري ، لأن البيع لا يزال قائماً بينه وبين البائع . وللمشتري بعد ذلك أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق ، كما أن له أن يفسخ البيع ، وذلك كله وفقاً للقواعد العامة . ونرى من ذلك أن عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين هنا هو تطبيق مبسط للدعوى البرلمية ، فقد فرض القانون أن المشتري الذي سجل البيع بعد تسجيل التنيه يعلم بالمحجز وأنه متواطئ مع مالك المقار ، ومن ثم يكون البيع غير نافذ في حق الدائنين كما لا ينفذ تصرف المدين الذي وقع إضراراً بحقوق الدائنين في الدعوى البرلمية .

ويرتب على ما قدمناه أن بيع المقار المحجز ، إذا سجل بعد تسجيل التنيه ، ينفذ مع ذلك في حق الدائنين (٢) في الأحوال الآتية : (١) إذا قام المشتري قبل اليوم المحدد للبيع في المزا بابتداع مبلغ يكفي للوفاء بأصل الدين والقوائد والمصروفات التي للدائنين الحاجزين والدائنين المقيدة حقوقهم على المقار ، وسواء حلت ديونهم أو لم تحل ، مع إعلانهم جميعاً بالإبداع . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٦١٦ مرافعات السالفة الذكر . (٢) إذا زل للدائتون الحاجزون والدائتون المقيدة حقوقهم عن الإجراءات التي اتخذت ، بأن وجدوا مثلاً أن المشتري قد اشترى المقار بثمن لا يؤملون أن يحصلوا على أكثر منه لو بيع المقار في المزا . وفي هذه الحالة يستوفون حقوقهم من هذا الثمن بالاتفاق مع المشتري والبائع (٣) . (٣) إذا سقط التسجيل بأن لم يعقبه خلال المائتين والأربعين يوماً التالية له التأشير على هامشه بما يفيد الإخبار بالإبداع

---

(١) الأستاذ رمزي سب في قواعد تنفيذ الأحكام والمقود الرسمية في قانون المرافعات الجديد سنة ١٩٥٠ فقرة ٣٤١ وما بعدها — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٧ — فقرة ٢٨٨ .

(٢) ويبين بطلية الحال قائماً فيما بين المشتري والبائع ، دون أن يرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق أو يدعى بفسخ .

(٣) ولا يجوز للمشتري أن يجبر الدائنين على قبول الثمن الذي اشترى به المقار ، ولو كان من المثل . أو آكله إل من المثل — فهذا الإيجاب لا يكون إلا بنس كنس المادة ٢٥٨ ملق بالنسبة إل المشتري من المدين للمسر كاسترى — بلواز أن يحصل الدائتون على ثمن أكبر من ثمن المثل إذا بيع المقار في المزا .

قائمة شروط البيع أو صلور أمر قاضى البيوع بمد هذا الميعاد (م ٦١٥ مرافعات السالفة الذكر) .

**١٩٦ - بيع المصنوع :** من أهم مزايا شهر إعصار المدين عدم نفاذ تصرفات المدين فى ماله (١) . فالبيع الذى يصدر من المدين المعسر بعد تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعصار لا يسرى فى حق الدائنين ، وذلك دون حاجة إلى إثبات إعصار المدين فهو ثابت بحكم شهر الإعصار ، ودون حاجة إلى إثبات سوء نية المدين أو سوء نية المشتري . وقد نصت المادة ٢٥٧ مدنى صراحة على هذا الحكم ، إذ تقول : « متى سجلت صحيفة دعوى الإعصار ، فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته ، كما لا يسرى فى حقوقهم أى وفاء يقوم به المدين » . ويلاحظ أن النص هنا لم يشترط ، لىكون البيع نافذاً فى حق الدائنين ، أن يكون مسجلاً قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعصار ، فيكن أن يكون البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل صحيفة الدعوى لينفذ فى حق الدائنين ، ولو سجل بعد تسجيل هذه الصحيفة . وهذا بخلاف ما رأيناه فى البيع الصادر من المحجوز عليه ، فانه يجب أن يكون مسجلاً قبل تسجيل التنيه لىكون نافذاً فى حق الدائنين .

والبيع الصادر بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعصار لا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال ، بل هو بيع صحيح نافذ فيما بين البائع والمشتري . ولكنه لا ينفذ فى حق الدائنين ، شأنه شأن البيع الصادر من المحجوز عليه فيما قدمنا . فللدائنين أن ينفذوا على العين المبيعة ، فيرجع المشتري على المدين بضمان الاستحقاق أو بدعوى الفسخ ، وإن كان هذا الرجوع لا يجدى إذ المفروض أن المدين معسر . وإذا ترك الدائنون العين دون أن ينفذوا عليها ، بقيت فى ملك المشتري ، لأن البيع لا يزال قائماً كما قدمنا . وإذا انتهت حالة الإعصار بسبب من أسباب انتهائه ، بقى التصرف غير نافذ فى حق الدائنين ، ولكنه يبقى أيضاً قائماً ما بين المدين والمشتري .



على أن البيع ينفذ في حق الدائنين إذا كان ضمن المثل أو أكل إلى ثمن المثل ، وأودع الثمن كله بما في ذلك تكلفة ثمن المثل في خزانة المحكمة على ذمة الدائنين . وقد نصت المادة ٢٥٨ مدني على هذا الحكم ، إذ تقول ١٥ - يجوز للمدين أن يتصرف في ماله ، ولو يغير رضاء الدائنين ، على أن يكون ذلك ضمن المثل ، وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع . ٢ - فإذا كان الثمن الذي يبيع به المال أقل من ثمن المثل ، كان التصرف غير صار في حق الدائنين ، إلا إذا أودع المشتري فوق الثمن الذي اشترى به ما ينقص من ثمن المثل ، (١)

## ٦٥ - بيع الأراضي الزراعية في قانون الإصلاح الزراعي

### ١٩٧ - المسائل التي يثيرها قانون الإصلاح الزراعي بالنسبة

إلى بيع الأراضي الزراعية: لا تعرض هنا إلى قانون الإصلاح الزراعي (٢) إلا في بعض المسائل الهامة التي يثيرها هذا القانون بالنسبة إلى بيع الأراضي الزراعية ، لأنها ما كان من هذه الأحكام ذا أثر دائم . فتترك الأحكام الخاصة باستيلاء الحكومة في خلال الخمس السنوات التالية لتاريخ العمل بهذا القانون على ملكية ما يتجاوز مائتي الفدان التي يستبقها المالك لنفسه وما يتجمع حولها من مسائل متعددة ، وترك الأحكام الخاصة بالتعويض الذي تدفعه الحكومة للملاك الأراضي الزراعية في مقابل الاستيلاء على أراضيهم ، والأحكام الخاصة بتوزيع الأراضي المستولى عليها على صغار الفلاحين وتقدير أثمانها وكيفية دفع الثمن ، والأحكام الخاصة بمجموعات التعاون الزراعي ، فكل هذه تخرج عن نطاق البحث في عقد البيع فوق أنها أحكام تنسم كثيراً أو قليلاً بالوقتية (٣) .

(١) ونشير هنا ما نصت عليه المادة ٢٤١ مدني في الدعوى الواسية من أنه إذا كان من تلقى حصة من الفدين المسمر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل ، وقام بإيداعه خزانة المحكمة .

(٢) المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الصادر في ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ .

(٣) انظر في ذلك أحكام الإصلاح الزراعي للأستاذ عثمان حسين عبد الله . وشرح قانون الإصلاح الزراعي للأستاذ محمد علي عرفة والبيع . للأستاذ محمد كامل مرسى بقرة ٢٩٠ - بقرة ٣٠٤ .

وتقتصر هنا على بحث المسألتين الآتيتين ، وهما ذاتا صفة دائمة وتدخلان في نطاق عقد البيع : (١) القاعدة الأساسية التي وضعها قانون الإصلاح الزراعي مع عدم جواز امتلاك الشخص لأكثر من مائتي فدان ، وبطلان كل عقد يخالف هذا الحكم . (٢) الحلد مع تجزئة الأراضي الزراعية (١) .

### ١٩٨ - عزم جواز تملك أكثر من مائتي فدان : تنص المادة الأولى

من قانون الإصلاح الزراعي على أنه « لا يجوز لأي شخص أن يمتلك من الأراضي الزراعية أكثر من مائتي فدان وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا ولا يجوز تسجيله (٢) . وتنص المادة ١٧ من هذا القانون على أنه « يعاقب بالحبس كل من قام بعمل يكون من شأنه تعطيل أحكام المادة الأولى ، فضلا

(١) أما تحديد علاقة مستأجر الأرض الزراعية بمالكها وحقوق العامل الزراعي ، فهذه أحكام دائمة هي أيضاً ، ولكنها لا تدخل في نطاق عقد البيع ، وسكان بحثها هو عقد الإيجار وعقد العمل .

(٢) وتنص المادة الثانية على ما يأتي : « استثناء من حكم المادة السابقة : ( أ ) يجوز للشركات والمجمعات أن تملك أكثر من مائتي فدان في الأراضي التي تستعملها لبيعتها ، وذلك على الوجه المبين في القوانين واللوائح . ( ب ) ويجوز للأفراد أن يملكوا أكثر من مائتي فدان من الأراضي البور والأراضي الصحراوية لاستصلاحها . ولا يبرى على هؤلاء الأراضي حكم المادة الأولى إلا بعد انقضاء خمس وعشرين سنة من وقت التملك ، هذا مع عدم الإخلال بجواز التصرف فيها قبل انقضاء هذه المدة . ( ج ) ويجوز للشركات الصناعية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تملك مقداراً من الأراضي الزراعية يكون ضرورياً للاستغلال الصناعي ولو زاد على مائتي فدان . ( د ) ويجوز للمجمعات الزراعية لتلبية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تملك مقداراً من الأراضي الزراعية يكون ضرورياً لتحقيق أغراضها ولو زاد على مائتي فدان . ( هـ ) ويجوز للمجمعات الخيرية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تملك من الأراضي الزراعية ما يزيد على مائتي فدان على ألا تتجاوز ما كانت تملكه قبل صدوره . ويجوز لها التصرف في التملك لزائده على مائتي فدان وفقاً لأحكام المادة ٤ ، ويكون للحكومة الاستيلاء على المساحة الزائدة لدى الجمعية خلال عشر سنوات على أن يؤدي إليها التبرؤ نقداً على أساس حكم المادة ٥ . ( و ) ويجوز أيضاً للدائن أن يملك أكثر من مائتي فدان إن كان سبب الزيادة هو نزوح ملكية مدينه ووسر المزارع على الدائن طبقاً للمادة ٦٦٤ من قانون المرافعات ، ويجوز للحكومة بعد مضي سنة من تاريخ وصول المزارع أن تستول على الأطنان الزائدة على مائتي فدان بائناً الذي رسا به المزارع أو نظير التبرؤ المحدد في المادة ٥ أيضاً أنل . وإل أن تستول الحكومة على الزيادة يجوز للدائن أن يتصرف فيها دون تقييد بشروط المادة ٤ . وكذلك يستثنى القرف ٥ .

عن مصادرة عن الأراضي الواجب الاستيلاء عليها . ويعاقب أيضاً بالحبس كل من يتعمد من مالكي الأراضي التي يتناولها حكم القانون أن يحط من معدنها أو يضعف تربتها أو يفسد ملحقاتها ، بقصد تفويت تمام الانتفاع بها وقت الاستيلاء عليها . . . (١) .

ويخلص من هذه النصوص أنه لا يجوز لشخص أن يمتلك من أراضى مصر الزراعية أكثر من مائتى فدان أبداً كانت درجة جودتها ، فالمعبرة بعدد الأطنان لا تربتها . فإذا كان شخص يملك - يوم نفاذ القانون وهو يوم ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ بل وقبل ذلك إلى يوم ٢٣ يولية سنة ١٩٥٢ إذ أنه لا يعتد بتصرفات المالك التي لم يثبت تاريخها قبل يوم ٢٣ يولية سنة ١٩٥٢ (م ٣) - أكثر من مائتى فدان ، استولت الحكومة على ملكية ما يجاوز مائتى الفدان التي يستقيها المالك لنفسه (م ٣) . وبعد ذلك لا يجوز للشخص ، وقد أصبح لا يملك أكثر من مائتى فدان ، أن يكسب بأى سبب من أسباب كسب الملكية أى أرض زراعية فوق مائتى الفدان إذا كان يملك هذا المقدار ، أو أى أرض زراعية تجعل ما يملكه أكثر من مائتى فدان إذا كان يملك أقل من هذا المقدار .

وهو يكسب من الأراضي الزراعية ما يزيد على النصاب إما بسبب إرداى من جهته وذلك بالعقد أو بالشفعة ، وإما بسبب غير إرداى من جهته أو بواقعة مادية وذلك بالميراث والوصية والتقادم .

#### ١٩٩ - التملك بالميراث والوصية والتقادم : فإذا كان الشخص

يملك مائتى فدان أو أقل ، ثم كسب ملكية أرض زراعية بعد ذلك بطريق الميراث أو الوصية أو التقادم ، فأصبح مجموع ما يملكه أكثر من مائتى فدان ، صح التملك ،

---

(١) ومن أمثلة التسليل أن يبنى المالك ما يملكه من الحيات تزيد على القدر المسموح باستلاكه ، كأن يقدم إفراداً غير صحيح بما يملك ، أو كأن يسلطن حقوداً صورية يسمى من ورثتها إلى التجرب من أحكام القانون . ومن تكشفت الحقيقة استولت الحكومة على ما كان يجب الاستيلاء عليه من الأراضي الزراعية مع مصادرة عن هذه الأطنان فلا يدفع شيء للمالك ، ويعاقب هذا فضلاً عن ذلك بالحبس . وقد يعمد بعض الملاك إلى إفساد الأرض التي تستول عليها الحكومة ، فيخربها بالحط من معدنها أو بانصاف تربتها أو بالتآلف مع ذاتها من مزب ومبانٍ وزوايا ونحو ذلك حتى يفوت حل من يملكها من بعده كمال الانتفاع بها ، فهذا أيضاً يعاقب بالحبس .

لأنه تم إما بصرف قانوني لإحقيق بارادة المالك وهذه هي الوصية ، وإما بواقعة مادية لا بصرف قانوني وهذا هو الميراث أو التقادم . ولكن تستولى الحكومة ، بعد أن أصبح الشخص يملك أكثر من مائتي فدان ، على ما يزيد على هذا المقدار بالطرق والإجراءات التي نص عليها قانون الإصلاح الزراعي . وقد نصت المادة الثانية من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على أن « كل شخص أصبحت مساحة الأقطان التي يملكها أو يضع اليد عليها تزيد على مائتي فدان بأى سبب ، كالميراث أو الوصية أو القسمة أو غير ذلك ، يلزم بتقديم الإقرار سالف الذكر ( وهو إقرار يجهد للاستيلاء على ما يجاوز مائتي الفدان ) خلال شهرين من علمه بقيام سبب الملكية » (١) .

٣٠٠ - **التملك بالعقد** : أما إذا تملك الشخص بالعقد - والغالب أن يكون عقد بيع ولكن قد يكون عقداً آخر كالمقايضة (٢) والهبة - ما يجعل الأراضي الزراعية التي يملكها أكثر من مائتي فدان ، فالحقد باطل بطلاناً مطلقاً ولا يجوز لمصلحة الشهر أن تسجله ، كما هو صريح نص المادة الأولى من قانون الإصلاح الزراعي إذ تقول : « وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلاً ، ولا يجوز تسجيله » .

ولاعبرة في بطلان العقد بحسن نية البائع أو المشتري أو بسوء نيته ، فقد يكون أحدهما أو كلاهما حسن النية ويكون العقد مع ذلك باطلاً . على أن حسن نية المشتري هنا لا يمكن إلا أن يكون مقترنا بالإهمال ، فالمشتري مفروض فيه أنه يعرف مقدار ما يملك فإذا جهل ذلك كان هذا تقصيراً منه .

(١) وقد يقال إن الوصية لا تنفذ في حق الورثة فيما يجاوز مائتي فدان ، قياساً على عدم نفاذها فيما يجاوز ثلث التركة . ولكن هذا الحل يخالف النص للمصريح الوارد في المادة ٢ من اللائحة التنفيذية كما رأينا ، فوق أنه ينقص الوصية المستحقة للموصى له دون سبب تقرره الشريعة الإسلامية . فوجب إذن أن يؤول إلى الموصى له جميع المقدار الموصى به مادام لا يجاوز ثلث التركة ، وبعد ذلك تستولى الحكومة في مقابل توفيق يستحقه الموصى له على ما يزيد على مائتي الفدان . وبذلك يتحول الزائد من الوصية لمصلحة الموصى له كما هو الواجب ، لا لمصلحة الورثة . (٢) فيقياس بقدر مثلاً على أرض زراعية ، أو يقايض بقطعة أرض زراعية على قطعة لأرض قروية أكبر منها .

ويستوى في بطلان العقد أن يكون الشخص مالكا قبل العقد مائتي فدان فيكون ما ملكه بالعقد مقدارا زائداً على النصاب الجائز تملكه، كما لو اشترى عشرين فدانا وكان يملك قبل ذلك مائتي فدان، أو أن يكون الشخص مالكا قبل العقد أقل من مائتي فدان ولكنه كسب بالعقد ما جعل مجموع ما يملكه أكثر من مائتي فدان، كما لو اشترى أربعين فدانا وكان يملك قبل ذلك مائة وثمانين. وفي الحالة الثانية يكون البيع باطلا في الأربعين فدانا كلها، لا فيما يجاوز مائتي فدان فحسب وذلك لأن النص على البطلان عام لا يميز بين حالة وحالة، فهو يقول: «كل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا»، ولأن الصفة لا تنحصر فلا يمكن جعلها صحيحة في عشرين فدانا في الشيوع وباطلة في العشرين الأخرى وقد يتضرر من تجزئتها البائع أو المشتري.

والعقد الذي يعتبر باطلا هو العقد الذي يصدر في تاريخ غير سابق على ٩ من شهر سبتمبر سنة ١٩٥٢ تاريخ نفاذ قانون الإصلاح الزراعي، أو العقد غير الثابت التاريخ. أما العقود الثابتة التاريخ السابقة على ٩ من شهر سبتمبر سنة ١٩٥٢ فانها تكون صحيحة ويجوز تسجيلها، إذ ليس لقانون الإصلاح الزراعي في هذه المسألة أثر رجعي (١). فان كان من شأنها أن تجعل المالك يجاوز حد النصاب الجائز تملكه، استولت الحكومة على ما يجاوز هذا الحد.

٣٠١ - **التملك بالشفعة**: ويبدو أن الشفعة تقاس على البيع فلا يجوز لشخص أن يأخذ بالشفعة أرضاً زراعية من شأنها أن تجعل مجموع ما يملكه من الأراضي الزراعية أكثر من مائتي فدان وهو لا يستطيع أن يجزئ الشفعة بحيث يقتصر على الأخذ بالشفعة فيها لا يجعله يجاوز مائتي الفدان، لأن تجزئة الشفعة غير جائزة في الشفعة. والشفعة تنطوي على واقعة مادية وتصرف قانوني، وهذا التصرف القانوني - وهو إرادة الأخذ بالشفعة - يجب يتعلق بإرادة المالك، فشأنه شأن البيع في عدم جواز التملك به لما يجاوز النصاب (٢).

(١) الأستاذ عثمان حسين عبد الله في أحكام الإصلاح الزراعي ص ١١.  
(٢) أما الصلح فله شأن آخر، فهو كالتف من الملكية لا ينشأ لها. فإذا صالح شخص آخر، وكان من نتيجة هذا الصلح مثلا أن أسقط الطرف الآخر داراً وأعطى مئة عشرين فدانا

## ٢٠٢ - المحرم من تجزئة الأراضي الزراعية : تنص المادة ٢٣ من قانون

الإصلاح الزراعي على أنه « إذا وقع ما يؤدي إلى تجزئة الأراضي الزراعية إلى أقل من خمسة أفدنة ، سواء كان ذلك نتيجة للبيع أو المقايضة أو الميراث أو الوصية أو الهبة أو غير ذلك من طرق كسب الملكية ، وجب على ذوى الشأن أن يتفقوا على من تؤول إليه ملكية الأرض منهم . فإذا تعذر الاتفاق ، رفع الأمر إلى المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها أكثر العقارات قيمة ، بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة ، للفصل فيما يؤول إليه الأرض . فإذا لم يوجد من يستطيع الوفاء بباقي الأتصبة ، قررت المحكمة بيع الأرض بطريق المزاد . وتفصل المحكمة في الطلب بغير رسوم » . وتنص المادة ٢٤ على أن « تفضل المحكمة الجزئية ، في أبولولة الأرض غير القابلة للتجزئة ، من يحترف الزراعة من ذوى الشأن ، فان تساوا في هذه الصفة اقترح بينهم . على أنه إذا كان سبب كسب الملكية الميراث ، فصل من يشتغل بالزراعة من الورثة ، فان تساوا في هذه الصفة قدم الزوج فالولد ، فإذا تعدد الأولاد اقترح بينهم » (١) .

والمفروض أن شخصاً يملك خمسة أفدنة أو أقل أو أكثر ، ويبيع جزءاً منها أو قابض عليه أو وجه بحيث أصبح لا يملك إلا أقل من خمسة أفدنة ، وأصبح المشتري أو القابض الآخر أو الموهرب له لا يملك هو أيضاً إلا أقل من خمسة أفدنة ، أو ورث المالك لسبعة أفدنة مثلاً عدد من الورثة بحيث أصبح نصيب كل منهم أقل من خمسة أفدنة ، أو أوصى المالك لسبعة أفدنة مثلاً بفدانين لشخص

---

« فزاد يملك بمصر ما يملكه على مائتي فدان ، فان أثر الصلح الكاشف يحمله مالكا الخمسين الفدان منذ البداية ثم تستول الحكومة بعد ذلك على ما يجاوز النصاب .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية ما يأتي : « إذا كانت الملكيات الكبيرة جداً غير مرغوب فيها ، فكذلك الملكيات الصغيرة جداً : فهي تهبط بإنتاج الأرض ، وتحرم أصحابها من مستوى المعيشة اللائق بالإنسان . ولذلك عالجت المادتان ٢٣ و ٢٤ ( الباب الثالث ) مسألة تقسيم الملكية دوماً لازدياد حصوله في المستقبل بسبب تزايد عدد السكان وتقسيم الأرض بالإرث وغيره من أسباب كسب الملكية . ولما كان قد روى أن أسفر ملكية لا ينبغي أن تنقل في المستقبل عن خمسة أفدنة ، فقد نص على أنه إذا وقع ما يؤدي إلى تجزئة الملكية إلى أقل من هذا القدر ، وجبت أبولولة الأرض إلى واحد من لم نصيب فيها ، مع تفضيل من يشتغل منهم بالزراعة ، فإذا لم يستطع أحدهم الوفاء بشئها بيعت بالمزاد العلني » .

وترك الباقي لعدد من الورثة بحيث أصبح كل من الموصى له والورثة لا يملك إلا أقل من خمسة أفدنة ، ففى كل هذه الصور تجزأت الأرض الزراعية إلى أجزاء يقل كل منها عن خمسة أفدنة .

فيجب فى هذه الحالة أن تتركز الأرض فى يد أحد هؤلاء الملاك بمن يقدر على دفع ثمن مالا يملكه ، ويكون الاختيار باتفاق الجميع . فإذا لم يتفقوا ، جاز لأحد هؤلاء الملاك أو للثيابة العامة رفع الأمر إلى المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها أكثر المقارنات قيمة ، لتختار من بين الملاك من تزول إليه الأرض ويكون قادراً على دفع ثمن ما لا يملك . فإذا لم يوجد من يستطيع الوفاء بثلثين باقى الأنصبة ، يبعث الأرض كلها بالمزاد لتكون فى يد واحدة ولا تتجزأ ملكية الأرض الزراعية إلى أقل من خمسة أفدنة ، ويقسم الثلث على الملاك كل يقدر حصته . وعند اختيار المحكمة للمالك الذى تزول إليه ملكية الأرض على النحو الذى أسلفناه ويتعدد الراغبون ، تفضل المحكمة من يحترف الزراعة فإن تعدد هؤلاء اقترعت بينهم . وإذا كان سبب التجزئة الميراث ، فضلت المحكمة من الورثة من يحترف الزراعة ، فإن تساوا كلهم أو بعضهم فى هذه الحصة ، فضل الزوج ، ثم الولد ، فإن تعدد الأولاد اقترعت بينهم .

وغنى عن البيان أن من يملك أرضاً زراعية قبل يوم ٩ من سبتمبر سنة ١٩٥٢ ، أى قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى ، وكان ما يملك أقل من خمسة أفدنة ، يبقى مالكا للأرض بهذا المقدار . فإذا جد سبب للتجزئة ، ابتداء من يوم ٩ من سبتمبر سنة ١٩٥٢ ، وجب إعمال القواعد المتقدمة الذكر .

## المبحث الثانى

### التنظيم

٢٠٣ - الشروط الواجب توافرها فى التمس : يجب أن يتوافر فى التمس :

الشروط الآتية :

أولاً - أن يكون تقوياً .

ثانياً - أن يكون مقدرأ أو قابلاً للتقدير .

ثالثاً - أن يكون جدياً .

## المطلب الأول

يجب أن يكون الثمن نقوداً

٢٠٤ - يتميز البيع عن المقايضة بالثمن النقدي : يتميز البيع عن المقايضة بأن أحد المحلين المتبادلين في البيع يجب أن يكون نقوداً وهو الثمن ، فإذا كان الثمن غير نقود فالتقيد بمقايضة .

وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٥٦٣ من المشروع التمهيدى تنص صراحة على هذا الشرط في البيع ، فكانت تقضى بأنه « يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد » . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة ، لأنها مستفادة من تعريف البيع (١) . وقد عرف البيع فعلاً ، في المادة ٤١٨ مدني كما رأينا ، بأنه « عقد ياتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي » .

ولا يفي عن النقود شيء آخر في الثمن (٢) ، حتى لو كان هذا الشيء الآخر من المثليات ، وحتى لو كان له سعر تقدي معروف في البورصة أو في الأسواق ، فتعين الثمن غللاً أو أقطاناً مسعرة في البورصة لا يجعل العقد بيعاً ، لأن الغلال وإن سهلت معرفة ما يعادلها من النقود بالرجوع إلى سعرها في البورصة لا تزال غير نقود ، فالتقيد يكون مقايضة (٣) . بل تعيين الثمن أسهما أو سندات ، وهي عادة معروفة السعر في البورصة ، أو تعيينه سبائك ذهبية ، لا يجعل العقد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٠ - ص ٣١ - وانظر ما يلي فقرة ٢٠٦ في المالحش .

(٢) فلو أن شخصاً نقل إلى شخص آخر ملكية شيء لقاء خدمة يؤديها الشخص الآخر له ، لم يكن العقد بيعاً ، بل يكون مقدراً غير مسمى ( بلانيرل وريير وهامل ١٠ ص ٣٥ ) .

(٣) جوار ١ فقرة ٩٢ - هيك ١٠ فقرة ٣٤ - بودوي وسينيا فقرة ١٢٨ - بيدان ١١ فقرة ١١٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣١ - عكس ذلك : ديوانتون ١٦ فقرة ١٢٩ - ماركاه م ١٥٩١ .



بيعاً ، بل يكون العقد مقايضة كذلك (١) .

وإذا كان الثمن بعضه نقود وبعضه غير نقود ، نظر إلى العنصر الغالب . فان كان هو النقود ، كان العقد بيعاً . وإن كان هو البذل غير النقود ، كان العقد مقايضة . وعند الشك يكون العقد مزدوجاً ، فهو بيع في حدود الثمن النقدي ، ومقايضة في حدود البذل غير النقدي . فإذا اشترى شخص سيارة جديدة بألف وخمسة مئة ومع هذا المبلغ سيارة قديمة كانت عند المشتري قومت بثلاثمائة ، كان العنصر الغالب هنا هو الثمن النقدي ، فالعقد بيع . وإذا أعطى شخص داراً في مقابل عشرين فداناً ومعها ثلاثمائة ، كان العنصر الغالب هو البذل غير النقدي ، فالعقد مقايضة والثلاثة معدل خا (soulte) . أما إذا أعطى شخص داراً في مقابل خمسة فدادين ومعها ألف ، فالعقد مزدوج ، بيع في حدود الألف ومقايضة في حدود خمسة الفدادين (٢) .

---

(١) الأستاذ سليمان مرقس فترة ٨٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى فترة ٩٦ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فترة ٥٨ - الأستاذ جميل الشراوى فترة ١١٥ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فترة ١٥ .

ولكن إذا حدد الثمن نقوداً فالعقد بيع ، حتى لو اشترط أن يدفع الثمن أسباً أو أقساطاً أو نحو ذلك بمرها في البروسة ، فيكون المشتري قد باع بائناً الذي في دته الأسهم أو الأقطان المشتومة (أوبرى ورو ٥ فترة ٣٤٩ حاشي رقم ٢٤) - كذلك يكون العقد بيعاً إذا حدد الثمن نقوداً ثم حول المشتري البائع حقاً له من النقود في ذمة أجنبي ، أو استوى المشتري سقاً له في ذمة البائع نفسه بمقابل هو الثمن الذي في دته (أنسيكلوبيدى دالور ٥ لفظ vente فترة ٤٤٧ - الأستاذ أنور سلطان فترة ٣٣ - الأستاذ سليمان مرقس فترة ٨٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فترة ٩٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فترة ٥٨ - الأستاذ عبد المنعم البدروى فترة ١٣٤) .

أما في العقد الإسلامي فالبيع أوسع نطاقاً ، إذ أن له صوراً أرباً : (١) مبادلة عين بعين وهذا هو البيع المطلق (٢) مبادلة عين بعين وهذه هي المقايضة (٣) مبادلة دين بعين وهذا هو السلم (٤) مبادلة دين بعين وهذا هو الصرف .

(٢) أنسيكلوبيدى دالور ٥ لفظ vente فترة ٤٤١ - يلاتبول وريبير وهامل ١٥ فترة ٣٥ - الأستاذ أنور سلطان فترة ٢٣٤ - الأستاذ سليمان مرقس فترة ٨٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى فترة ٩٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فترة ٥٩ - الأستاذ جميل الشراوى فترة ٤٤ ص ١٠٨ - ص ١٠٩ - الأستاذ عبد المنعم البدروى فترة ٥١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فترة ١٥ ص ٢٨ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زك فترة ١٠٩ =

٢٠٥ - يصح أنه يكون الثمن إبراداً مؤبداً أو مدى الحياة: ويكون أن يكون الثمن نقوداً ، وليس من الضروري أن يكون رأس مال . فقد يكون الثمن إبراداً دائماً أو إبراداً مرتباً مدى الحياة ، ما دام هذا الإبراد نقوداً (١) .

فيصح أن يتفق البائع والمشتري على أن يكون الثمن مقداراً معيناً من النقود ، وأن يتفقا في الوقت ذاته وفي نفس عقد البيع على تحويل هذا المقدار إلى إبراد مؤبد (rente perpétuelle) أو إلى إبراد مرتب للبائع مدى حياته (rente viagère) . كما يصح أن يتفق البائع والمشتري على أن يكون الثمن رأساً إبراداً مؤبداً أو إبراداً مرتباً مدى حياة البائع . ففي الحالتين لا يكون الإبراد المؤبد أو الإبراد المرتب مدى الحياة عقداً مستقلاً ، وإنما يكون ركناً في عقد البيع هو الثمن (٢) .

== وانظر أيضاً المادة ٤٨٣ مدني - وانظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد المادة ٤٨٥ مدني ، وتشير المذكرة إلى المادة ٤٨٣ مدني وهي تجيز أن يكون في المقايضة مدخل من النقود كمدخل التمسك ، ثم تقول : « على أنه يجب ألا يكون هذا المدخل هو المنصر الغالب ، وإلا انقلبت المقايضة بياً » ( مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٣٨ ) .

(١) والصفة الاحتمالية ، فيما إذا كان الثمن إبراداً مرتباً مدى الحياة ، إنما تثبت لمقدار الثمن لا لثمن في ذاته (دي باج ٤ فقرة ٣٥ - الأستاذ محمد كاهان مرسى فقرة ٩٥ ص ١٧٣) .

(٢) وإذا كان الثمن إبراداً مؤبداً وأريد استبداله . فإن كان هناك ثمن قدر في عقد البيع وحول في العقد نفسه إلى إبراد مؤبد ، كان رأس المال الواجب الرد هو مقدار الثمن الذي كان قد قدر أولاً في عقد البيع ، إلا إذا اتفق على مبلغ أقل ، أما إذا كان المتبايعان قد اتفقا على أن يكون الثمن رأساً إبراداً مؤبداً ، فرأس المال الواجب الرد يكون مبلغاً من النقود فائدته محسوبة بالسعر القانوني مساوية للإبراد . وهذا الحكم مستفاد من المادة ٥٤٨ مدني وتنص على ما يأتي : « ١ - إذا رتب الدخول مقابل مبلغ من النقود ، تم الاستبدال برد المبلغ بتمامه ، أو برد مبلغ أقل منه إذا اتفق على ذلك . ٢ - وفي الحالات الأخرى يتم الاستبدال بدفع مبلغ من النقود تكون فائدته محسوبة بالسعر القانوني مساوية للدخل » . وانظر في هذا الحقن بودري وسينيا فقرة ١٢٨ مكرورة .

وينتهي بعض الفقهاء إلى أنه إذا كان الثمن رأساً إبراداً مؤبداً أو إبراداً مؤتماً ، فإنه يشتمل لا في ألسان الإبراد بل في حق الإبراد ذاته ، ومن ثم يكون العقد مقايضة ( بيدان ١١ فقرة ١١٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٧) . ولكن هذا الرأي لم يند في الفقه ولا في القضاء ، ولم يأخذ به الشرع المصري ( انظر المادتين ٥٤٥ و ٧٤١ مدني - وانظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٥ - الأستاذ جميل الشرفاوي فقرة ١١٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٥ ) .

وسنبعث الإراد المؤبد والإبراد المرتب مدى الحياة في مكان آخر ، ويكفي أن نشير هنا إلى أن المادة ٧٤٣ مدني تقضي بأن عقد البيع الذي يكون الثمن فيه إيراداً مرتباً مدى الحياة لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً . فالكتابة هنا ركن شكلي في البيع .

ولا يعتبر إيراداً نقدياً مرتباً مدى الحياة ، ومن ثم لا يصح أن يكون ثمناً ، أن يتفق شخص مع آخر على أن يعطيه داراً مثلاً في مقابل أن الآخر يعول الأول فيقدم له المسكن والطعام والكسوة وما إلى ذلك من النفقة (bail à nourriture) . ذلك أن التزام الآخر بأن يعول الأول ليس عله نقوداً وإن أمكن تقديره بمبلغ من النقود ، وإنما هو التزام بعمل . بل إن العقد لا يكون هنا مقايضة ، لأن التزام كل من المتقاضين يجب أن يكون التزاماً بنقل ملكية أو حق عيني ، والالتزام هنا كما قدمنا التزام بعمل . فالعقد إذن ليس بيعاً ولا مقايضة ، وإنما هو عقد معاوضة غير مسمى ، يلتزم به أحد المتعاقدين بأن يعول المتعاقد الآخر في مقابل عوض يأخذه منه<sup>(١)</sup>

### المطلب الثاني

يجب أن يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير

٢٠٦- النصوص القانونية : تنص المادة ٤٧٣ من الفئتين المدني

على ما يأتي :

١ - يجب أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها ثمنها بعد .

---

(١) لوران ٢٤ فقرة ٦٨ - جيواري ١ - فقرة ٩٥ - هيك ١٠ فقرة ٢٤ - أوربي ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ٢٢ - بودوي وسيبيا فقرة ١٢٨ ص ١٢٦ - بلانيرول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٣٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٢٢ - الأستاذ سليمان مرسي فقرة ٨٤ الأستاذ محمد كامل مرسي فقرة ٩٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٨ - الأستاذ جميل الشرفاوي ص ١١٥ - الأستاذ عبد المنعم الهداوي فقرة ١٣٤ .

٢ - وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب ، عند الشك ، أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيها تسليم المبيع للمشتري . فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق ، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضى العرف بأن تكون أسعاره هي السارية .

وتنص المادة ٤٢٤ على ما يأتي :

« إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نوايا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما (١) » .

وليس هذه النصوص مقابل في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص لاتفاقها مع القواعد العامة (٢) .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٣٩١ - ٣٩٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٢٣ : ورد هذا النص في المادة ٥٦٣ من المشروع التمهيدى ، وكان المشروع يتضمن فقرة تجرى على الوجه الآتى : « يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد » . فحذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من تعريف البيع الواردة في المادة ١٨ مدنى ، وأدخلت تعديلات لفظية طفيفة على ما بقى من النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٣٦٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٣ ( مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٠ - ص ٣١ ) .

م ٤٢٤ : ورد هذا النص في المادة ٥٦٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٣٧ في المشروع النهائي ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٤ ( مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٢ - ص ٣٤ ) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد المادتين ٤٢٣ و ٤٢٤ مدنى : « هذان نصان لا نظير لهما في التقنين الحال وهما وإن كان حكمهما يمكن استغاضته من القواعد العامة ، إلا أن مسائل عملية يجدر أن تكون لها حلول تشريعية ، أنظر التقنين الألمانى م ٥٥٣ وتقنين الالتزامات السويسرى م ٢١٢ فقرة أول والتقنين البولونى م ٢٩٦ والتقنين البرازيل م ١١٢٤ ( مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٢ ) » .

٤١٢ - ٤١٣ - وفي التفتين المدنى العراقى المواد ٥٢٦ - ٥٢٩ - وفى تفتين الموجبات والمقود الثانى المادة ٣٨٦ (١) .

٢٠٧ - تقدير الثمن أو قابليته للتقدير يجب أنه يكون بائناً  
بين المتبايعين : ولما كان الثمن هو أحد على البيع ، فيجب ، كما هو الأمر  
فى كل محل للالتزام ، أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين . وتعين الثمن أو قابليته

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدنى السورى م ٣٩١ - ٣٩٢ (مطابقتان  
المادتين ٤٢٣ - ٤٢٤ من التفتين المدنى المصرى - وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ  
مصطفى الزرقا فقرة ٦٧ - فقرة ٧٦)  
التفتين المدنى اليابس م ٤١٢ - ٤١٣ (مطابقتان للمادتين ٤٢٣ - ٤٢٤ من التفتين المدنى  
المصرى) .

التفتين المدنى العراقى م ٥٢٦ : ١ - الثمن ما يكون بدلا للبيع ويصلق بالذمة . ٢ - ويلزم  
أن يكون الثمن معلوماً بأن يكون معيناً تمهيناً ثانياً للجهالة الفاحشة .  
م ٥٢٧ : ١ - فى البيع المطلق يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد ، ويجوز أن يقتصر  
التقدير على بيان الأسس التى يحدد الثمن بموجبها فيما بعد .  
٢ - ( هذه الفقرة مطابقة لفقرة الثانية من المادة ٤٢٣ من التفتين المدنى المصرى ) .

م ٥٢٨ (مطابقة المادة ٤٢٤ من التفتين المدنى المصرى) .  
م ٥٢٩ : ١ - زيادة المشتري فى الثمن وتزويل البائع من الثمن أو زيادته فى البيع بعد العقد  
يصح ، وتلتحق الزيادة والتزويل بأصل العقد . ٢ - وما زاده المشتري فى الثمن يعتبر فى حق  
المالدين لا فى حق الشفع ، وما حله البائع من الثمن يحل الباقى بعد الحط مقابل لكل البيع حتى  
فى حق الشفع ، وما زاده البائع فى المبيع يكون له حصة من الثمن . ٣ - ولبائع أن يحط جميع  
الثمن قبل القبض ، ولكن لا يلحق هذا الحط بأصل العقد . فلزائراً للبائع المشتري من جميع  
الثمن وأخذ الشفع للمبيع ، وجب أن يأخذ بامتن المسى . [ وهذا النص لا نظير له فى التفتين  
المدنى المصرى ، وهو مأخوذ من الفقه الإسلامى ، ويتفق مع القواعد العامة ] .

[ ويلاحظ أن التفتين المدنى العراقى أجزأ فى البيع بالمعنى الواسع الذى أخذ به الفقه الإسلامى ،  
فأصبحت المقايضة فيه نوعاً من أنواع البيع ، أما البيع بشئ نقدى نهائى البيع المطلق : م ٥٢٧  
عراق - انظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن التوفيق فقرة ١١١ - فقرة ١٢٣ -  
الأستاذ عباس حسن الصفار فقرة ٢٤٤ - فقرة ٢٩٢ ] .

تفتين الموجبات والمقود الثانى م ٣٨٦ : يجب أن يبين للمتعاقدون ثمن البيع . ويجوز أن  
يفترض تعيين الثمن إلى شخص ثالث ، وفى هذه الحالة إذا امتنع أو عجز الشخص الثالث من  
تقدير الثمن فلا ينقذ البيع . [ ولا فرق فى هذه الأحكام بين التفتينين اليابس والمدنى ] .  
(م ٢٤ - الوسيط ج ٤ )

للتعيين يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتبايعين ، فلا يستقل به أحدهما دون الآخر . لا يستقل به البائع ، لأنه قد يشتط فيغن المشتري . ولا يستقل به المشتري ، لأنه قد يبخص الثمن فيغن البائع (١) . فلا بد إذن أن يكون تعيين الثمن أو قابليته للتعيين معقفاً عليه بين المتبايعين (٢) . ولا يكفي في ذلك أن يبيع البائع الشيء بما يساويه من القيمة أو بضمن عادل ، لأن هذه القيمة أو هذا الثمن العادل هو الذي يجب أن يكون محل اتفاق بين المتبايعين ، والبيع على هذا النحو يكون باطلاً لعدم تقدير الثمن (٣) . ولكن ليس من الضروري أن تكون القيمة مقدرة فعلاً باتفاق المتعاقدين ، بل يكفي أن تكون قابلة للتقدير باتفاقهما ، كأن يتفقا على أجني تقدير الثمن (٤) وسيأتي بيان ذلك .

(١) وهناك رأي يذهب إلى أنه إذا ترك تحديد الثمن لأحد المتعاقدين بشرط أن يكون الثمن عادلاً ، جاز أن يكون هذا ، تبعاً للظروف ، تحديداً كافياً . فإذا حدد المتعقد ثمناً غير عادل أو امتنع عن التحديد ، رُأى أبداً فيه ، جاز للمتعاقد الآخر رفع الأمر للقضاء لتحديد الثمن العادل ( الأستاذ سليمان مرقس فترة ٨٩ ص ١٢٨ ) . ولكن يؤخذ على هذا الرأي أن ما اتفق عليه المتعاقدان ليس في الواقع من الأمر إلا أن يكون الثمن عادلاً ، ولا يكفي في تحديد الثمن ، كما سئى ، بأن يقتصر المتعاقدان على التبايع بضمن عادل ( الأستاذ منصور مصطفى منصور فترة ٢٩ - وقارب الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فترة ٦٧ ) .

(٢) على أن مقدار الثمن قد يكون مفروضاً على البائع ، كما في حالة التسعير الجبرى وفي حالة تسعير المرافق العامة كالمياه والغاز والكهرباء وفي حالة نزع الملكية للمنفعة العامة . وقد يشترط البائع بالجملة على البائع « بالقطعى » سعراً معيناً يبيع به ولا يزيد عليه حتى تروج السلعة ، ويمكن القول في هذه الحالة إن البائع بالجملة قد اشترط لمصلحة المستهلك ، ولهذا أن يطالب البائع « بالقطعى » أن يكون الثمن هو هذا السعر المعلن ( قارب : بلانيول وريبير وبولانيه ٢ فترة ٢٣٧٩ - كولان وكابيتان ٢ فترة ٨٨٥ - بيدان ١١ فترة ١١٥ - أنسيكلويدى دالوز لفظ vente فترة ٧٠٨ - فترة ٧٠٩ ) . وانظر في أن السعر الإيجابى للسلعة له تأثير في فرض الثمن أنسيكلويدى دالوز لفظ vente فترة ٦٧٤ - فترة ٦٦٦ - الأستاذ عبد المنعم البدرولى فترة ١٤٩ - فترة ١٥١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فترة ٣٣ .

(٣) أبرى ورو . فترة ٣٤٩ ص ١٨ - يودرى وسيتيا فترة ١٢٢ ص ١٣٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٣٦ ص ٣٦ - الأستاذ سليمان مرقس فترة ٨٩ - الأستاذ جيل الثرقاوى ص ١١٢ .

(٤) ولا يكون فيما القند الذى جعل فيه الثمن هو المقدار الذى يعرضه أجني على صاحب السلعة ، بل يكون هذا شرط تفضيل *pacte de préférence* يشترط فيه شخص على صاحب السلعة تفضيله على أجني يعرض في السلعة ثمناً يرتضيه صاحبها ، فيلزم هذا الأخير بتفضيل =

#### ٢٠٨ - قابلية الثمن للتقدير . المحسنى الذى يقوم عليها التقدير .

وليس من الضرورى أن يكون الثمن متقدراً ، بل يكفي كما قدمنا أن يكون قابلاً للتقدير ، مادامت الأسس التى يقوم عليها تقديره متفقاً عليها بين المتبايعين (١) .

ويمكن تصور أسس مختلفة يقوم عليها تقدير الثمن ، ذكر منها الشرع اثنين فى المادتين ٤٢٣ و ٤٢٤ مدنى السالفين الذكر ، ونضيف إليهما اثنين آخرين ، فنستعرض الأسس الأربعة الآتية : (١) أن يكون أساس تقدير الثمن هو الثمن الذى اشترى به البائع المبيع . (٢) أن يكون الأساس هو سعر السوق . (٣) أن يكون الأساس هو السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بين المتبايعين . (٤) أن يترك التقدير لأجنى يتفق عليه المتعاقدان .

#### ٢٠٩ - أساس التقدير الثمن الذى اشترى به البائع - المراجعة

**والنوعية الإشراف والرفعة** : قد يتفق المتبايعان على أن يكون الأساس الذى يقوم عليه تقدير الثمن هو الثمن الذى اشترى به البائع . فيشترى المشتري بمثل ما اشترى البائع أو بأكثر أو بأقل (٢) . وفى هذه الحالة يكون الثمن الذى اشترى به البائع المبيع أمراً جوهرياً لا بد من التثبت منه حتى يقلد على أساسه الثمن الذى اشترى به المشتري المبيع من البائع . وعلى البائع أن يبين هذا الثمن ، وللمشتري

---

= الأول على الأجنبية فى بيع السلعة له بالثمن الذى يرضه الأجنبية ( بودى وسجيا  
فقرة ١٣٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٢٨ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩ ) .  
واشتراط تعديل الثمن تبعاً لطارىء معين جائز ، ولكن إذا اتفق المتعاقدان على تحديد الثمن  
فى تاريخ تال لم يشهد البيع إلا عند تحديد الثمن ( دى باج ٤ فقرة ٢٧ - الأستاذ محمد كامل مرسى  
فقرة ١٠٢ ص ١٧٧ - ١٧٨ ) .

(١) يسلان ١١ فقرة ١١٥ - بلانويل وديجر ويولاييه ٢ فقرة ٢٢٨٩ - كولان  
وكايتان ٢ فقرة ٨٧١ - جوران ٢ فقرة ١٠٢٤  
(٢) أو يجوز أن يكون الثمن هو ثمن التكلفة مع إضافة ربح معين ، أو متوسط الأثمان  
التي باع بها التجار فى وقت معين ، أو على أساس التسمية الرسمية ( الأستاذ سليمان مرقس  
فقرة ٨٩ ص ١٢٧ ) .

أن يثبت أن الثمن الذى بينه البائع يزيد على الثمن الحقيقى وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ومن بينها البيعة والقرائن (١) .

ولهذه الصور من البيع مكان خاص فى الفقه الإسلامى ، ويطلق عليها فيه « بيعات الأمانة » ؛ وتشتمل على صور أربع هى: بيع المراجعة وبيع التولية وبيع الإشراف وبيع الوضعية . وقد أخذها عن الفقه الإسلامى التقنين المدنى العراقى ، فنصت المادة ٥٣٠ من هذا التقنين على أنه « ١ - يجوز البيع مراجعة أو تولية أو إشرافاً أو وضعية . ٢ - والمراجعة بيع بمثل الثمن الأول الذى اشترى به البائع مع زيادة ربح معلوم ، والتولية بيع بمثل الثمن الأول دون زيادة أو نقص ، والإشراف تولية بعض المبيع ببعض الثمن ، والوضعية بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان مقدار معلوم منه . ٣ - ويلزم فى هذه البيوع أن يكون الثمن الأول معلوماً تحرزاً عن الخيانة والتهمة » .

وقد كتبنا عن هذه البياعات فى الفقه الإسلامى ماأتى (٢) : « حدد الفقه الإسلامى منطقة حراماً يفرض فيها على الناس الأمانة فى التعامل إلى أبعد مدى ، ولا يسمح فيها بأى غش ، حتى ليجعل مجرد الكذب فيها خيانة وتديليساً . وهذه هى ما تسمى ببياعات الأمانة . فيفسح فيها الفقه الإسلامى السبيل لمن قلت خبرته فى التعامل ، أو فى ضرب يقوم عليه من ضروبه ، أن يتوق غش الناس إياه ، بأن يتبايع معهم على حدود مرسومة ، فتعتبر مجاوزة هذه الحدود خديعة وتزويراً .. وجملة القول فى بياعات الأمانة هذه أن المبتاع ، وهو يحتكم إلى ضمير البائع ويطمئن إلى أمانته ، يتناع منه السلعة على أساس الثمن الذى اشترى به البائع نفسه هذه السلعة . فاما أن يزيد فيها قدرأ معلوماً من الربح يضاف إلى الثمن الأصل ، ويسمى البيع مراجعة . ولما أن ينقصه قدرأ معلوماً يطرح من الثمن الأصل ويحمل البائع فيه الخسارة ، ويسمى البيع وضعية . ولما ألا يزيد ولا ينقص ، بل يشتري السلعة بمثل ثمنها الأصل ، ويسمى البيع تولية إذا أخذ المشتري كل السلعة ، أو

---

(١) ذلك أنه يثبت واقعة مادية ، إذ شراء البائع للبيع بشئ معين يعتبر بالنسبة إلى المشتري واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً ، فضلاً عن أن إتيان الصادر من البائع بشئ أعلى من الثمن الحقيقى ينطوى على غش ولتتش يثبت بجميع الطرق .

(٢) أنظر مصادر الحق فى الفقه الإسلامى المولف جزء ٢ ص ١٦٦ - ص ١٦٧ .



إشراكاً إذا أخذ جزءاً منها بما يقابله من الثمن ... ولا يكتفى من البائع ببيان يجعل عن الثمن ، بل يجب عليه أن يبين ما أحاطه الثمن من ملابسات وما اقترن به من أوصاف . فبين إن كان الثمن معجلاً أو قسمة ، مؤجلاً أو منقسماً . ثم يبين إن كان قد دفع هذا الثمن نقداً أو يدين له على بائعه ، وإن كان يدين فهل دفعه عن طريق الماكسة والمساومة أو على سبيل الصلح . ثم يذكر إن كانت السلعة بقيت على حالها عنده بعد أن اشتراها أو هي تعيبت ، وما إذا كان العيب حادثاً بفعل منه أو بفعل الغير أو قضاء وقدر . كل هذه أوصاف وملابسات تؤثر في رضا المشتري بالصفقة ، والكذب فيها أو الانتفاص منها يجعل البيع مشوباً بالغش والتدليس .

وغنى عن البيان أن الأمر في القانون المصري يتوقف على نية المتابعين . فإن قصدوا التأسيس على الثمن الأول بكل ما أحاطه من ملابسات على النحو المتقدم الذكر ، وجب الاعتداد بهذه الملابسات ، ويترتب على ذلك أن البيع إذا كتم شيئاً منها كان هذا تدليساً وجاز إبطال البيع (١) . وإن قصدوا مجرد التأسيس على الثمن الأول دون نظر إلى هذه الملابسات ، وجب على المشتري قبول المبيع بحالته التي اشتراها بها وأن يدفع الثمن الأول أو أقل أو أكثر حسب الاتفاق . وإن دفع للبائع ثمناً أكثر مما ارتضاه ، سواء كان ذلك بقش من البائع أو بدون غش منه ، كان له أن يرجع عليه بما دفعه زيادة على المقدار الذي ارتضاه (٢) . ويجوز

(١) وقد نصت المادة ١٢١/٢ من القانون المدني العراقي على أنه « يعتبر تفريراً علم البائع في عقود الأمانة التي يجب التمسك فيها من الشبهة بالبيان ، كالتجارة في المراجعة والتولية والإشراك والوصية » .

(٢) وهذا هو قول أبي يوسف في المذهب الحنفي ، ويبدو أنه أكثر الأقوال انطباعاً على التواعد العامة في القانون المصري . وفي الفقه الإسلامي أقوال أخرى في المذهب الحنفي وفي غيره من المذاهب تتبين من النصوص الآتية :

سواء في الهداية ( فتح القدير ص ٢٥٦ ) وهي من كثر ، الفقه الحنفي : « فإن اطلع المشتري على غشائه في المراجعة ، فهو بالخيار عنه أي حثيف إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه ، وإن اطلع على غشائه في التولية أسقطها من الثمن . وقال أبو يوسف رحمه الله يحط فيها . وقال محمد رحمه الله يغير فيها . لمحمد رحمه الله أن الاختيار التسمية لكونه ملوماً . والتولية والمراجعة تزويج وزنيب فيكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة ، فيختير بقواته . ولأبي يوسف رحمه الله أن الأصل فيه كونه تولية ومراجعة ، ولهذا يشهد بقوله وليك بائناً الأول لو بعتك =

المشتري أن يرجع على البائع بتعويض إذا وقع من البائع غش أو تقصير في بيان الثمن الأول .

« مراجعة على الثمن الأول إذا كان ذلك معلوماً ، فلا بد من البناء على الأول وذلك بالخط ، غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المراجعة منه ومن الربح . ولأبى حنيفة وجه أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لأنه يزيد على الثمن الأول فينظر التصرف فتمين الخط ، وفي المراجعة لو لم يحط تبقى مراجعة وإن كان يتفاوت الربح فلا ينظر التصرف فأمكن القول بالتخير » .

وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٦٣ - ص ٢٦٤) وهي من كتب الفقه المالكي : « لا يجوز الكذب في التصريف بالثمن . فإن كذب ثم اطلع المشتري على الزيادة في الثمن ، فالمشتري غير بين أن يسلك بجميع الثمن أو يردده ، إلا أن يشاء البائع أن يحط عنه الزيادة وما ينوبها من الربح فيلزمه الشراء » .

وجاء في المذهب ( جزء أول ص ٢٨٨ - ص ٢٩٠ ) وهو من كتب فقه الشافعي : « ومن اشترى سلعة جاز له بيعها برأس المال وبأقل منه وبأكثر منه ... وإذا ظهر أن رأس المال مائة وباع على ربح درهم في كل عشرة ، ثم قال أعطأت أو قامت البيعة أن الثمن كان تسعين ، فالبيع صحيح . وأما الثمن الذي يأخذه به فقيه قولان : أحدهما أنه مائة وعشرة ، لأن المسمى في العقد مائة وعشرة ، فإذا بان بتدليس من جهة البائع لم يسقط من الثمن شيء كما لو باعه شيئاً بثمن فوجد به هيباً . والثاني أن الثمن تسعة وتسعون ، وهو الصحيح ، لأنه نقل ملك يعتبر فيه الثمن الأول ، فإذا أعبر بزيادة وجب حط الزيادة كالشفعة والتولية . ويخالف الميب ، فإن هناك الثمن هو المسمى في العقد وههنا الثمن هو رأس المال وقد ربح ، وقد بان أن رأس المال تسعون والربح تسعة . فإن قلنا إن الثمن مائة وعشرة ، فهو بالخيار بين أن يسلك المبيع بالثمن وبين أن يفسخ ، لأنه دخل على أن يأخذ المبيع برأس المال وهذا أكثر من رأس المال فثبت له الخيار » .

وجاء في الشرح الكبير على متن المقنع ( جزء ١ ص ١٠٠ - ص ١٠٣ ) وهو من كتب الفقه الحنبلي : « السادس خيار يثبت في التولية والشركة والمراجعة والمواضعة . فإن باعه السلعة مراجعة ، مثل أن يخبره أن ثمنها مائة ويربح عشرة ، ثم علم بيعة أو إقرار أن ثمنها تسعون ، فالبيع صحيح ، لأنه زيادة في الثمن فلم يمنع العصة كالعيب . وللمشتري الرجوع على البائع بما زاد في الثمن وهو عشرة وحصلها من الربح وهو درهم ، فيبى على المشتري تسعة وتسعون درهماً . وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى وهو أحد قول الشافعي . وقال أبو حنيفة يغير بين الأخذ بكل الثمن أو يترك قياساً على العيب » .

ويخلص من هذه النصوص أن قول أبي يوسف في الفقه الحنفى والقول الصحيح في فقه الشافعي والمتنصوص عليه في الفقه الحنبلي ، هذه كلها تنهب إلى أن المشتري يسترد من البائع ما دفعه زيادة على ما ارتضاه من الثمن ، وهذا هو المقتضى مع القواعد العامة في الفقه العربي كما قلنا . وهناك أقوال أخرى في المذاهب المختلفة ، أبرزها أن المشتري يكون بالخيار بين أن يستبقى المبيع بكل =

وبخاص ما قدمناه أن ما يسمى ببيع الأمانة في الفقه الإسلامي حكمة في القانون المصري هو ما يأتي : إذا كتم البائع عن المشتري بعض الملابسات الجوهرية للثمن ، كأن قال مثلاً إنه اشترى بمائة معجلة وكان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً ، كان هذا غشاً من البائع ، وجاز للمشتري إبطال البيع للتدليس وإذا لم يكتم البائع عن المشتري شيئاً من هذه الملابسات الجوهرية ، ولكن أثبت المشتري أن الثمن الأول الذي ذكره البائع أعلى من الحقيقة ، كان البيع صحيحاً ، ولكن يحيط من الثمن المقدار الزائد من رأس المال وما يناسبه من الربح إن كان البيع مرابحة ، أو المقدار الزائد من رأس المال فقط إن كان البيع تولية أو إشراكاً ، أو المقدار الزائد من المال وما يناسبه من انخفاض إن كان البيع وضيعة . وهذا المقدار الزائد وما يتبعه يسترده المشتري من البائع إن كان قد دفعه ، ولا يلزم بدفعه له إن لم يدفعه . وللمشتري في جميع الأحوال أن يرجع بتعويض على البائع إذا أثبت في جانبه غشاً أو تقصيراً (١) .

#### ٣١٠ - أساس التفرير سعر السوق : وقد يتفق المتبايعان على أن

يكون الثمن هو سعر السوق . فهنا الثمن غير مقرر ، ولكنه قابل للتقدير ، ويمكن تقديره بالرجوع إلى سعر السوق . فان كان المتبايعان قد اتفقا على سرق في مكان معين وفي زمن معين ، كان سعر هذه السوق هو المعتبر . أما إذا اقتصرنا على ذكر سعر السوق دون أن يبين أية سوق ، فقد افترضت الفقرة الثانية من المادة

---

١٠ الثمن أو أن يفسخ البيع . وإذا أخذنا بالقول الأول ، وكان البيع مرابحة ، كأن كان الثمن الأول مائة ويزيد عشرة مرابحة ، ثم يتبين أن الثمن الأول تسعون لائة ، وجب حط البشارة من رأس المال وما يناسب البشارة من الربح وهو واحد ، فيكون الثمن تسعة وتسعين . وإذا كان البيع تولية أو إشراكاً ، سلطنا البشارة من رأس المال . وإذا كان البيع وضيعة ، كان كان الثمن الأول مائة وينقص عشرة وضيعة ، ثم تبين أن الثمن الأول تسعون ، فإدام قد اشترى المائة بتسعين ، ثم ظهر أن الذي اشتراه هو تسعون فقط ، فإنه يشتري التسعين بواحد وعشرين .

أنظر في بيعات الأمانة مصادر الحق في الفقه الإسلامي للتأليف جزء ٢ ص ١٦٦ - ص ١٧١ ومراجع الفقه الإسلامي المذكورة فيه .

(١) قانون الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٣٠ - فقرة ١٣٢ .

٤٣٣ مدنى ، كما رأينا ، أنهما قصدا « سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري » (١) . فإذا باع شخص غلالا بسعر السوق ، وكان التسليم فى شهر أكتوبر ، فالمفروض أن المتابعين قد قصدا أن يكون الثمن مطابقاً لسعر الغلال فى بورصة الاسكندرية فى شهر أكتوبر . فإذا كان التسليم فى كفر الزيات ، كانت السوق هى سوق كفر الزيات ، إذ لا يشترط أن تكون السوق بورصة (٢) . وإذا كان التسليم فى قرية صغيرة ليس فيها سوق منظمة ، وجب الرجوع إلى المكان الذى يقضى العرف بأن تكون أسعاره هى السارية ، وقد يقضى العرف فى هذه الحالة بأن تكون أسعار أقرب سوق هى الأسعار السارية . وهذا كله قد نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٢٣ مدنى ، كما رأينا إذ نقول : « وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري . فإذا لم يكن فى مكان التسليم سوق ، وجب الرجوع إلى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف بأن تكون أسعاره هى السارية » . وهذا النص مأخوذ عن التقنين المدنى الألمانى ( م ٤٥٣ ) وتقنين الالتزامات البولونى ( م ٢٩٦ ) ، ويتضمن حكماً معقولاً يتفق مع القواعد العامة (٣) .

## ٢١١ - أساسى التقرير السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى

عليه التعامل بين المتابعين : وقد لا يحدد المتابعان ثمناً للمبيع ، وسوى أنهما إذا لم يحددا الثمن أصلاً كان البيع باطلاً لانعدام ركن من أركانه . ولكن قد يكون مكوتهما عن تحديد الثمن يتطوياً تبعاً للظروف والملازمات التى أحاطت

(١) وسكان تسليم المبيع هو المكان المتفق عليه ، فإن لم يوجد اتفاق فالمكان الذى يوجد فيه المبيع وقت البيع إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات ، وإلا فوطن البائع أو مركز أعماله وقت وجوب التسليم ( م ٣٤٧ مدنى ) . وزمان التسليم هو الوقت المتفق عليه ، فإن لم يوجد اتفاق وجب التسليم فوراً بمجرد انعقاد البيع ( م ١/٣٤٦ مدنى ) .

وإذا وجب تصدير المبيع للمشتري ، كان مكان التسليم هو المكان الذى يصل فيه المبيع إلى المشتري ( م ٤٣٦ ) .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٢ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٣٠ ص ٥٥ ( وإذا تعددت أسعار اليوم فى البورصة ، فالسعر المتوسط ) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٣٢ -

ص ٣٣ . وانظر م ١/٢١٢ من تقنين الالتزامات السويسرى .

التعاقد، على اتفاق ضمنى على أن يترك تحديد الثمن إلى السعر المتداول في التجارة .  
فهنا أيضاً يكون الثمن قابلاً للتقدير ، بالرغم من أن المتبايعين لم يقدراه . ويرجع  
في تقديره إلى سعر السلعة المتداول بين التجار ، سواء كان هذا السعر هو سعر  
البورصة أو سعر الأسواق المحلية في مكان نسي المبيع أو غيره من الأماكن .  
والعبرة هنا ليست بقيمة المبيع في ذاته ، بل بسعره المتداول في الأسواق ، سواء  
كان هذا السعر أقل أو أكثر من قيمة المبيع الحقيقية (١) . وإذا لم يتبين للقاضي في  
وضوح السعر المتداول في الأسواق ، كان له أن يلجأ في نتيته إلى تخيير  
من التجار .

وقد يظهر من الظروف والملازمات أن المتبايعين قد اتفقا اتفاقاً ضمنياً على  
أن يكون الثمن هو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما ، فراجع إلى هذا السعر  
في تحديد الثمن . فإذا كان بين المتبايعين سابق تعامل ، بأن كان أحدهما قد اعتاد  
أن يورد للآخر سلعة معينة بسعر معين أو بسعر يتغير بتغير أسعار السوق ،  
فاستمرار الأول في توريد السلعة للآخر دون ذكر الثمن يكون معناه أنهما  
متفقان ضمناً على أن يكون الثمن هو هذا السعر المعين أو السعر المتغير الذي  
جرى عليه التعامل بينهما .

وهذا كله قد نصت عليه صراحة المادة ٤٢٤ مدني ، كما رأينا ، إذ تقول :  
« إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين

---

(١) ويعرف الفقه الإسلامي بيع الاسترسال ، وفيه يتأمن المشتري - ويكون عادة  
لا داية له بالأسواق أو بالسلة التي يشتريها - البائع فيشتري منه السلعة بما تتبع به الناس  
أى بالسعر المتداول في التجارة . وقد كتبنا عن هذا البيع في الفقه الإسلامي ما يأتي : « أول  
جانب لبياعات الأمانة - وفي نفس المنطقة التي تسود فيها نزاهة التعامل - يعرف الفقه المالكي  
والفقه الحنبل يبياً آخر هو بيع المسترسل أو المتأمن . وفيه يكشف العاقد عن حقيقة نفسه  
وبين أنه لا داية له فيما هو يسيله من التعامل ، وأنه يتأمن المتعامل معه ويستصحه  
ويسترسل إلى نفسه ، ويطلب إليه أن يبيع منه أو يشتري بما تتبع به الناس أو تشتري .  
فالأساس هنا ليس هو الثمن الأصل كما في لبياعات الأمانة ، بل هو سعر السوق . فإذا لم يصلحه  
المتعامل معه ، ولم يكشف له عن حقيقة سعر السوق ، بل كذب عليه في ذلك وغشيه ، فإن هذا  
الكذب وحده يعتبر غشاً وتديلاً يوجب للعاقد خيار الرد » ( مصادر الحق في الفقه الإسلامي  
للمؤلف جزء ٢ ص ١٧٥ - وانظر الخطاب جزء ٤ ص ٤٧٠ - والشرح الكبير للرد  
حامش النسوق جزء ٣ ص ١٤١ - ١٤٢ - والشرح الكبير على متن المغني جزء ٤ ص ٧٩٠ ) .

من الظروف أن المتعاقدين قد نوا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر  
الذي جرى عليه التعامل بينهما (١).

### ٢١٢ - ترك التقدير لأجنبي يتفق عليه المتبايعان: وقد تترك المتبايعان

تحديد الثمن لأجنبي يتفقان عليه عند البيع (٢) ، فيصح ذلك ، لأن الثمن هنا  
وإن لم يحدد المتبايعان إلا أنهما جملاهما قابلا للتقدير . وما يقدره الأجنبي تمنا  
للمبيع ملزم لكل من البائع والمشتري ويكون هو الثمن ، لأن الأجنبي مفوض  
من المتبايعين في تحديد الثمن ، فهو وكيل عنهما في ذلك ويسرى تقديره في

---

(١) وهذا النص هو الحل الذي أوردته تقنين الالتزامات البولوني في المادة ٢٩٨ منه ، وهو  
غفل يتفق مع القواعد العامة ( المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال  
التصضيرية : ص ٣٢ ) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المخلطة بأنه قد جرت العادة في سوق القطن أن يباع القطن  
أو البذرة بسعر يحدده البائع فيما بعد في مباد يملن به المشتري ، فيقطع السعر يوم الإعلان  
بحسب أسعار الكونترانتات أو بحسب السعر الجاري المحل ، ويتضمن من الثمن الذي يحدد على  
هكذا النحو ما عسى أن يكون المشتري قد سجله يوم البيع ( ١٣ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦  
ص ١٠١ ) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الثمن يحدد بسعر البورصة في اليوم الذي يمينه  
المشتري ، ثم أفضت البورصة بقرار من الحكومة فأصبح متطلبا تحديد الثمن ، فإذا لم يتفق  
المتبايعان على طريقة أخرى لتحديد الثمن لم يجوز للمحكمة أن تتولى هي نفسها هذا التحديد  
ولو بطريق قريب من سعر البورصة ، ويسقط البيع لعدم تحديد الثمن ( ١٥ نوفمبر سنة ١٩١٨  
م ٣٠ ص ١٣٧ ) . وقضت بأن حق البائع في تحديد الثمن بعد المباد الأخير لتسليم آخر  
دفعة من القطن لا يجوز استناله قبل أن يسلم البائع القطن المبيع للمشتري ( ٩ يناير سنة ١٩١٨  
م ٣٠ ص ١٣٧ ) - وأنظر أيضاً في تحديد سعر القطن حسب سعر البورصة في يوم يحدده  
البائع أو للمشتري : استئناف مصر ٧ أبريل سنة ١٩٢٤ الحامدة ٤ رقم ٧٠٤ ص ٩٢٦ -  
استئناف مغلط ١٣ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٠٧ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٢٤  
ص ٤٦ - ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٤١ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٢٤  
ص ١٩٩ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٨٥ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٦٢ -  
٢٧ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٤٩ ( بذرة القطن ) - ١٢ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩  
ص ٤٧٥ .

(٢) ويتضح أن يتفق المتبايعان على أكثر من واحد يفوضان لهم أن يحددا الثمن باتفاقهم  
جها أو بأغليتهم ( يودى وسيتيا فقرة ١٣٤ ) .

حقيقتهما (١). والبيع يعتبر قد تم ، لا من وقت تقدير المفوض للثمن فحسب ، بل من وقت اتفاق المتبايعين على المفوض ففي هذا الوقت كان البيع مستكلاً لجميع عناصره ومنها الثمن إذ كان قابلاً للتقدير كما سبق القول . ويعتبر تقدير

(١) كما يجرى تصرف الوكيل في حق الموكل ، ويكون المتبايعان كأنهما هما اللذان قدرا الثمن ، وذلك كله طبقاً لأحكام الوكالة . فالثمن الذي يقدره المفوض ملزم للمتبايعين ، لا يستطيع البائع أن يحتج بأنه بخس ولا المشتري بأنه مبالغ فيه . ولكن يجوز للثمن في التقدير إذا وقع تدليس على المفوض من أحد المتبايعين أو من الغير . وتري من ذلك أن الأجنبي الذي يكل إليه المتبايعان تحديد الثمن لا يعتبر خبيراً (expert) لأن رأى الخبير غير ملزم ، ولا يعتبر حكماً (arbitre) لأن الحكم يفترض قيام نزاع ولا نزاع بين المتبايعين فهما متفقان على أن يكتلا تقدير الثمن لأجنبي . وإنما الأجنبي وكيل عن المتبايعين معاً ، مفوض منهما في تقدير الثمن ، فالثمن بينهما أن يحتج بما يقع فيسه الوكيل من غلط أو تدليس أو إكراه (بودرى وسينيا فقرة ١٤٠ مكررة - بلانويك وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٧ - فقرة ٣٨ - يلانويك وريبير وبولانيه ٢ فقرة ٢٣٨٠) . وإذا عين المفوض باتفاق المتبايعين ، لم يجوز لأحدهما أن يستقل بعزله ، بل لا بد في عزله من اتفاقهما معاً كما هو الأمر في تعيينه . فإذا اتفقا على عزله قبل أن يقدر الثمن ، لم يعد يجوز له أن يقدره . ويجوز للمتبايعين أن يتفقا على مفوض آخر لتقدير الثمن ، ويجوز لهما أن يتفقا مباشرة على الثمن ، ولكن البيع لا يعتبر تاماً إلا مع وقت اتفاقهما على الثمن ، أو من وقت اتفاقهما على تعيين المفوض الآخر ويكون البيع في هذه الحالة موثقاً على تقدير المفوض الجديد للثمن (بودرى وسينيا فقرة ١٣٦) .

وقد اعترض الأستاذ سليمان مرقس (فقرة ٩١ ملخص ١٣٦) على أن يكون المفوض وكلاً بما يأتي : (١) لا يجوز أن يكون شخص واحد نائباً عن طرفي العقد . ويرد على هذا الاعتراض بأن هذا يجوز بإجازة لاحقة ، وهنا يوجد ما هو أقوى من الإجازة اللاحقة فالمتبايعان أقرا معاً أن يقوم المفوض بتقدير الثمن . (٢) الوكيل يجوز عزله وهنا المفوض لا يجوز أن يستقل أحد المتبايعين بعزله . ويرد على هذا الاعتراض بأن الوكيل الذي عينه المتبايعان معاً لا يجوز عزله إلا باتفاقهما كما سبق القول . (٣) تحديد الثمن عمل مادي ، والوكيل لا يقوم إلا بتصرف قانوني . ويرد على هذا الاعتراض بأن تحديد الثمن هو جزء من عقد البيع وعنصر جوهري فيه ، فهو تصرف قانوني لا عمل مادي .

أنظر في لفقه المصري : الأستاذين أحمد نجيب الملحاح وحامد زكي ص ١١٤ جابش رقم ١ (ويعلم أن الثمن المحدد في عقد البيع لا يكتفي به في تحديد الثمن وتباً في قوله) - الأستاذ جميل الشرفاوي ص ١١٧ - ١١٨ - وقارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٦٧ - الأستاذ عبد اللطيف البدرأوى فقرة ١٤٠ (ويلعب إلى أن تحديد الثمن عمل مادي . ثم يقول إن المفوض في الوكالة أن يكون الوكيل متفكلاً لإرادة الموكل ، أما هنا فالمفوض يفوض إرادته على موكله . ويرد على ذلك بأن النائب يجرى التصرف بإرادته هو لا بإرادة الأصيل وتنفذ هذه الإرادة في حق الموكل لأنه ارتضى ذلك مقدماً) - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ ص ٥٨ (ويلعب إلى أن تحديد الثمن عمل مادي ، ومن ثم يقول إن التفويض عقد غير سمي) .

المفوض للثمن بمثابة شرط واقف لانعقاد البيع (١) ، فإذا تحقق الشرط بأن قدر المفوض الثمن (٢) ، اعتبر البيع قد تم من وقت العقد . ومن ثم تنقل الملكية في المنقول المعين بالذات من وقت البيع ، وفي العقار من وقت التسجيل ولو سجل العقد قبل تقدير المفوض للثمن (٣) . وإذا لم يتم المفوض بتقدير الثمن لأي سبب ، كأن امتنع عن ذلك ولو بغير عذر أو مات قبل أن يقدّر الثمن أو تعلق عليه تقديره لعدم خبرته أو لأي سبب آخر ، فإن الشرط الواقف لا يتحقق ، ويعتبر البيع كأن لم يكن (٤) . ولا يستطيع القاضي إجبار المفوض على تقدير الثمن كما لا يستطيع أن يعين شخصاً مكانه ، أو أن يقوم بتقدير الثمن بنفسه (٥) .

(١) لوران ٢٤ - ققرة ٧٤ - ققرة ٧٦ - أوبري وود ٥ - ققرة ٣٤٩ ص ١٧ - جيوارد ١ - ققرة ١٠٥ - بودري وسينيا ققرة ١٣٥ - بيدان ١١ - ققرة ١١٧ - الأستاذ أنور سلطان ققرة ١٤٧ - الأستاذ سليمان مرقس ققرة ٩٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى ققرة ١٠٥ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوى ققرة ١١١ - الأستاذ منصور مصطفي منصور ققرة ٣١ - تارون بلانويول وريير وهامل ١٠ - ققرة ٢٨ ص ٣٩ .

(٢) ويقدر المفوض الثمن وفقاً لمر الجارى وقت البيع لا وقت التقدير .

(٣) وهذا ما يجدر بالمشتري أن يفعله ، فلا يؤخر تسجيل العقد إلى أن يقوم المفوض بتحديد الثمن ، بل يبادر إلى التسجيل حتى يمنع حل البائع التصرف في المبيع . أما هلاك المبيع قبل تقدير الثمن ، ولو كان في يد المشتري ، فهو حل البائع . لأن الشرط ليس له أثر رجعي بالنسبة إلى تحمل ثبته الملاك ( بودري وسينيا ققرة ١٣٥ ) .

(٤) أنظر المادة ٢/٢٨٦ من تقنين الموجبات والنفود البناني ( آنفاً ققرة ٢٠٦ في الحاشي ) .

(٥) كذلك لو كان المفوض شخصين ولم يتفقا على تقدير الثمن ، لا يتم البيع ، ولا يستطيعان الاتفاق على شخص ثالث يكون حكماً بينهما . ولو كان المفوض عدة أشخاص ويجب اتفاقهم جميعاً لتقدير الثمن ، فاستنع أحدهم ، لا يتم البيع ، ولا يستطيع الآخرون تعيين شخص يحل محل الشخص المنتع ( بودري وسينيا ققرة ١٣٧ - بلانويول وريير وهامل ١٠ - ققرة ٣٩ ) . ولا تستطيع المحكمة كذلك تعيين شخص يحل الشخص المنتع ، بل لو اتفق المتبايعان على أن تعين المحكمة مرجحاً عند اختلاف المفوضين في تقدير الثمن ولكن أحد المفوضين امتنع عن إبداء رأيه فإن المحكمة لا تستطيع تعيين شخص يحل محله ( بلانويول وريير وهامل ١٠ ص ١٠ هاش ١ ) . والقاضي لا يستطيع تقدير الثمن بنفسه ، حتى لو عهد إليه المتبايعان في ذلك وجعله هو المفوض ، لأن القاضي ليست مهمته أن يكل العقود التي لم تم ، بل أن يحسم الخلاف في عقود تمت ( لوران ٢٤ - ققرة ٧٥ - أوبري وود ٥ - ققرة ٣٤٩ هاش ٢٧ مكررو - عكس ذلك : بودري وسينيا ققرة ١٣٩ =



ولكن يستطيع المتبايعان الاتفاق على شخص آخر محل العمل الأول ، فإذا ما قدر المفاوض الجديد الثمن اعتبر البيع قد تم من وقت تعيين هذا المفاوض الجديد ولا يتأخر تمام البيع إلى وقت تقدير الثمن .

وقد يقتصر المتبايعان على أن يجعلوا تقدير الثمن لمفاوض يعينه في المستقبل ، فإدما لم يعينا هذا المفاوض فإن الثمن لا يكون قابلاً للتقدير ، ومن ثم لا يتم البيع . فإذا ما عيناه ، تم البيع من وقت تعيينه معلقاً على شرط واقف هو تقديره للثمن (١) . وإذا امتنع ، في الحالة التي نحن بصددھا ، أحد المتبايعين عن الاتفاق مع الآخر على تعيين المفاوض ، كان هذا إخلالاً بالتزامه من وجوب الاتفاق على تعيين مفاوض ، وكان مستولاً عن التعويض وفقاً للمبادئ العامة ، ولكن البيع لا يتم مادام المفاوض لم يعين (٢) .

هذه هي القواعد العامة في ترك تعيين محل العقد لمفاوض . وقد كان المشروع التجهدي للتفتين المدني الجديد يشتمل على نص اقتبس من المواد ٣١٥ و ٣١٧ و ٣١٩ من التفتين المدني الألماني ، ويخرج في بعض المسائل عن هذه القواعد . فكانت

== بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٢٧ ص ٢٧ — الأستاذ أنور سلطان فترة ١٤٥ — الأستاذ محمد كامل مرسى فترة ١٠٥ .

(١) بودرى وسينيا فترة ١٣٨ ص ١٢٦ — وقد يترك المتبايعان تعيين المفاوض لأجنبي يقوم هذا الأجنبي بتعيينه ، فالبيع لا يتم في هذه الحالة بمجرد تعيين الأجنبي الذي وكل إليه تعيين المفاوض ، بل يجب أن يبين الأجنبي المفاوض فعلاً حتى يتم البيع موقوفاً على شرط واقف هو تقدير المفاوض للثمن ( بودرى وسينيا فترة ١٣٩ مكررة أولاً ) . ويكون تقدير المفاوض للثمن بحسب السعر الجاري وقت تعيين المفاوض لأنه هو الوقت الذي يستند إليه قيام البيع ، ويصدق ذلك في حالة تعيين المفاوض بواسطة أجنبي وفي حالة تعيين المتبايعين للمفاوض في اتفاق لاحق .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٢٩ ص ٤٠ — بلانيول وريبير وبولاجيه ٢ فترة ٢٣٨٢ — الأستاذان أحد نجيب الحلال وحامد زك فترة ١١٩ — الأستاذ سليمان مرسى فترة ٩٢ — الأستاذ جيل الترقاوى ص ١١٦ — الأستاذ عبد المنعم البدرلوى فترة ١٢٩ — الأستاذ منصور مصطفى منصور فترة ٣١ ص ٥٩ — بل ولا يجوز الانسحاب إلى الجديد المال : أنسيكليبي دالوز ه لفظ vente فترة ٧٦٠ .

وهناك رأى يلحظ إلى أن التعويض في هذه الحالة لا ينشأ عن التزام تعاقدي ، بل من خطأ تقصيري ( بودرى وسينيا فترة ١٣٨ ) .

المادة ١٨٥ من 'المشروع التمهيدى تنص على أنه 'وكان إذا ترك تعيين الشيء لأحد المتعاقدين أو لأجنبي عن العقد ، فيجب أن يكون التعيين قائماً على أساس عادل . فإذا أبطأ التعيين أو قام على أساس غير عادل ، فيكون تعيين الشيء بحكم القضاء . ٢ - ومع ذلك إذ ترك التعيين لأجنبي عن العقد ولخص اختياره ، فإن هذا العقد يصبح باطلاً إذا لم يستطع هذا الأجنبي أن يقوم بالتعيين أو لم يرد القيام به أو لم يقم به في وقت معقول أو قام به وكان تقديره غير عادل . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع التام (١) ، فلم يعد هناك مجال لاتباع أحكامه فيما خالف فيه القواعد العامة التي تقدم ذكرها (٢) ، وبخاصة في جواز أن يعل القاضى محل الأجنبي إذا أبطأ هذا في تقدير الثمن أو كان تقديره غير عادل كما تقضى الفقرة الأولى من النص ، وفي وجوب أن يكون التقدير عادلاً (٣) كما تقضى الفقرة الثانية ، فإن هذا وذاك لا يتفق مع القواعد العامة التي سبق بيانها .

### ٢١٣ - ترك التبايع الثمن غير مقرر وغير قابل للتقدير :

أما إذا ترك المتبايعان الثمن غير مقرر وغير قابل للتقدير ، فإن البيع لا يتم ، إذ

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٥ - ص ٢١٦ في الهامش .

(٢) أنظر الوسيط الجزء الأول ص ٣٨٩ هامش رقم ١ .

(٣) وكان دوماً (لقوانين المدنية ١ فقرة ٢٦) وبوتيه (البيع فقرة ٢٤) في القانون الفرنسي القديم يلغيان إلى وجوب أن يكون الثمن الذى يمتعه المرفوض ثمناً عادلاً . ولكن هذا الرأى لا يمكن الأخذ به دون نص خاص بمائل النص الذى ورد في التقنين المدنى الألمانى فيما قلناه (بلائيول وريير وهامل ١٠ ص ٣٨ هامش ٤ - الأستاذان أحمد نجيب الملال وحامد زكى فقرة ١١٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٩ - الأستاذ عبد المنعم عبد البدروى فقرة ١٤٢ - وقارن لوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٦ - ص ١٧) .

ولكن يصح أن يتفق المتبايعان على وضع حدود لتقدير المرفوض الثمن ، كأن يقضا حدًا أدنى وحدًا أعلى ، فلا يجوز للمرفوض في هذه الحالة أن يجاوز في تقديره الحد الأعلى ولا أن يتزل من الحد الأدنى ، وإلا كان تقديره باطلاً واحتر البيع كأن لم يكن (بودى وسيتيا فقرة ١٤٠ مكررة ثانياً - بلائيول وريير وهامل ١٠ فقرة ٣٨) . ولو أدخل المرفوض دون تقيؤض خاص في ذلك ، احتمل ارتفاع الأسعار في المستقبل في حسابه عند تقدير الثمن ، يكون قد جاوز مهمته (بودى وسيتيا فقرة ١٤٠ مكررة ثانياً - بلائيول وريير وهامل ١٠ فقرة ٣٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٩ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٠٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٧) .

ينقصه ركن من أركانه وهو الثمن . ونقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «أما إذا لم يتفق المتعاقدان ، لاصراحة ولا ضمناً ، على تحديد الثمن أو على جملة قابلا للتحديد ببيان الأسس التى يحدد بمقتضاها ، فإن البيع يكون باطلا لفقده ركناً من أركانه » (١) .

ويقرب من ذلك أن يصرح المتبايعان أنهما تبايعا دون ثمن ، أى قصدا لإيقاع البيع دون ثمن . فالعقد فى هذه الحالة لا يتم باعتباره بيعاً ، لأن الثمن ركن فى البيع لا يتم بدونه . ولكن قد يستخلص من الظروف أنهما قصدا بإيقاع البيع بدون ثمن أن يكون العقد هبة ، وعند ذلك لا تكون الهبة مستترة ، بل هبة مكشوفة يشترط تمامها ورقة رسمية فى الأحوال التى يوجب فيها القانون ذلك .

أما إذا قدر المتعاقدان الثمن أو جعلاه قابلا للتقدير وكان الثمن تافهاً ، أو حيناً ثمناً مناسباً وذكر البائع أنه وهبه للمشتري ، فسنرى أن العقد يكون أيضاً هبة مكشوفة لا بد فيها من ورقة رسمية فى الأحوال التى يجب فيها ذلك .

وإذا قدر المتعاقدان الثمن وكان صورياً ، فسنرى أن العقد يكون هبة مستترة ، لا يشترط تمامها ورقة رسمية .

### المطلب الثالث

يجب أن يكون الثمن جدياً

٢١٤ - التمييز بين الثمن غير الجبرى والثمن العجسى : يجب أن يكون الثمن جدياً (sérieux) ، ولا يكون جدياً إذا كان تافهاً (dérisoire) ، أو كان صورياً (fictif) . ولكن ليس من الضروري ليكون الثمن جدياً ألا يكون ثمناً بحسباً (vil) ، فقد يكون بحسباً يدخله الثمن الفاحش ، ومع ذلك يكون جدياً . وآية أن الثمن جدى أن يكون البائع قد أبرم العقد بقصد الحصول عليه مهما كان بحسباً ،

(١) مجموعة الأعمال الصحفية ٤ ص ٢٢ -

وقد رضى بالثمن البخن مضطراً لحاجة ملحة ، أو جاعلاً لقيمة المبيع ، أو لغير ذلك من الأسباب . فيصح البيع ، وإن جاز الطعن فيه بالثمن في حالة استثنائية (١) سيأتي بيانها .

نستعرض مسألتين : (١) الثمن الجدى (٢) الثمن البخن ودعوى الثمن القاحش .

## ١٩ - الثمن الجدى

٢١٥ - الثمن الصوري : لا يكون الثمن جدياً إذا كان ثمناً صورياً لا يقصد البائع أن يتقاضاه من المشتري ، بل ذكر مبلغاً من النقود ليكون ثمناً حتى يسلم للبيع مظهره الخارجي . ومتى يثبت أن الثمن صوري فإن العقد لا يكون بيعاً (٢) ، ولكنه قد يكون هبة مستترة في صورة بيع فيصح كهبة دون حاجة إلى ورقة رسمية (٣) ، وسنرى تفصيل ذلك عند الكلام في عقد الهبة . وقد سبق بحث إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير (٤) .

(١) كما قد يجوز الطعن فيه بالنقض أو التأسيس أو الإكراه ، بحسب السبب الذي دفع البائع إلى قبول هذا الثمن البخن .

(٢) استئناف وطني ٤ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٣٤٣ .

(٣) الأستاذ عبد المنعم ليدراني فقرة ١٤٧ .

(٤) الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٢٨ - فقرة ٦٣٠ - ومن القرائن القوية على الصورية أن يكون عجز المشتري عن دفع الثمن وانحسار كل الوضوح ، بحيث لا يمكن أن يكون البائع قد أغل الأمر على عمل الجدي ، وأن الثمن المذكور في العقد ليس إلا ثمناً صورياً والعقد ليس إلا تبرعاً ( نقض مدني ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦١ ص ١٨٥ - جيوار ١ فقرة ٩٥ - بلانيول وريبر وحامل ١٠ فقرة ٣٥ ص ٣٥ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زك فقرة ١٠٦ ) . حل أنه لا يجوز أن يستفاد دائماً من مجرد إحصار المشتري ولم البائع بهذا الإحصار أن الثمن صوري ليس في نية البائع تقاضيه ، فقد يؤيد البائع أن المشتري سيقبل بعد عسر يسرا ( بودوي وسينا فقرة ١٢٩ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٧ ص ١٩٥ ) - أما التمسك بغير صحيح ، فقد يكون للمشتري في حالة تمكنه من دفع الثمن ويكون مع ذلك التبرع الحاصل منه صورياً ، إذ لا تلازم بين حالة الإحصار وصورية العقد . فإذا اقتضت المحكمة بأن تصرفاً ما كان صورياً ، فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشتري إثباتاً لیسره ومقدوره على دفع الثمن ، فإن هذا لا يقدم ولا يؤخر ( نقض مدني ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٨ ص ٢٩٦ ) .

وعما يقطع في صورة الثمن أن يرى البائع في عقد البيع نفسه المشتري من الثمن المذكور في العقد ، أو أن يهبه إياه ، فإن هذا معناه أن البائع ليس في يده أن يتقاضى الثمن ، وإنما يرد أن يسبق على العقد صورة البيع . وفي هذه الحالة لا يكون العقد بيعاً ، وإذا اعتبر هبة فإنه يكون هبة مكشوفة لا مسترة ، فيجب الاعتقاد أنها أن تكتب في ورقة رسمية في الأحوال التي نشترط فيها الرسمية في الهبة (١).

لكن إذا تم عقد البيع بذكر ثمن جلدى فيه ، ثم بعد ذلك أبرأ البائع المشتري من الثمن أو وهبه إياه ، فإن البيع يبقى صحيحاً فقد سبق أن انعقد بشمن جلدى ، وإبراء البائع المشتري من الثمن أو هبته له بعد ذلك ليس من أسباب البطلان (٢).

## ٢١٦ - الثمن التافه : ويلحق بالثمن الصوري الثمن التافه ، وكذا لا يتم

البيع بشمن صوري كذلك لا يتم بشمن تافه . والثمن التافه هو مبلغ من النقود يصل من التافهة في عدم تناسبه مع قيمة المبيع إلى حد يبعث على الاعتقاد بأن

(١) ولا يقال إن البيع يكون باطلاً ويتحول إلى هبة صحيحة ، بل العقد هبة مكشوفة وأما ( الأستاذ جميل الشرفاوى ص ١٠٦ ) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ذكر الثمن في عقد البيع مع إبراء المشتري منه أو هبته إياه ، فإن العقد في هذه الحالة لا يصح أن يكون سائراً لهبة ، لأن القانون وإن أجاز أن يكون العقد المشتل على الهبة موصوفاً بمقد آخر ، إلا أنه يشترط أن يكون هذا العقد مستوفياً لأركان والشروط اللازمة لصحته ( نفس مدني ٩ يونيو سنة ١٩٢٨ بمجموعة ص ٢٠٢ رقم ١٢٠ ص ٤٠٠ ) .

(٢) يردى ومينيا فقرة ١٢٩ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٢٧ ص ١٥٩ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٧ - الأستاذ جميل الشرفاوى فقرة ١٠٥ - الأستاذ عبد النعم البهراوى فقرة ١١٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢٨ - ويرتبه على ذلك أن يجوز الأخذ بالشفعة في هذا البيع ، وبأخذ الشفع القار بالثمن المسمى الذي أبرى منه المشتري أو وهب إياه ، ولو اعتبر العقد هبة لما جاء الأخذ بالشفعة . وفي التقنين المدني العراقي نص صريح في هذا المعنى ، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٩٩ من هذا التقنين على ما يأتي : « وليتبع أن يحيط جميع الثمن قبل القبض ، ولكن لا يلحق هذا الحط بأصل العقد . فلو أبرأ البائع المشتري من جميع الثمن وأخذ الشفع للمبيع ، وجب أن يأخذ بالثمن المسمى » ( انظر آتفاً فقرة ٢٠٦ في الهامش ) .

البائع لم يتناقد للحصول على مثل هذا المقدار الثاني ، وإن كان قد حصل عليه فعلاً (١) . فإذا باع شخص داراً قيمتها ألف بعشرين مثلاً ، كان اثنين تافهاً ، فلا يتم البيع . وإذا اعتبر العقد في هذه الحالة هبة ، فإن الهبة تكون مكشوفة لامسترة ، ويجب فيها الرسمية في الأحوال التي يشترط القانون فيها ذلك (٢) .

ويلحق بالثمن الثاني ، فيكون كالثمن الصوري لا يتم به البيع ، أن يبيع شخص عيناً بثمن هو إيراد مرتب مدى حياة البائع ولكن هذا المرتب أقل من ريع العين . فإذا باع شخص داراً ريعها مائة بإيراد مرتب مدى حياته مقداره خمسون ، فقد وضح أن المشتري لا يدفع شيئاً من ماله في مقابل الدار ، إذ هو يقبض ريعها ويعطى البائع منه الإيراد المرتب . وفي هذه الحالة يكون العقد هبة لا ييماً (٣) ، والهبة مكشوفة لامسترة (٤) ، يشترط فيها الرسمية في الأحوال التي يوجب القانون فيها ذلك (٥) . على أن البائع إذا باع الدار بإيراد يعادل الريع الحالى للبيع ، وظهر من الظروف أن هذا الريع الحالى غير مستمر ، وأنه عرضة للنقصان إما لأسباب طبيعية وإما لسبب خاص كان كانت الدار معرضة للتخريب من غزو أو سطو أو غير ذلك ، فأراد البائع أن يكفل لنفسه إيراداً ثابتاً وإن كان

---

(١) محكمة مصر ١٨ أبريل سنة ١٩١٤ المحقوق ٢٩ ص ١٨٧ - وهذا ما يميز الثمن الثاني من الثمن الصوري . فالثمن الثاني مقدار قليل جداً من الثمن لا يتناسب أصلاً مع قيمة المبيع ، ولكن البائع يحصل عليه فعلاً . أما الثمن الصوري فيكون عادة مقدراً من الثمن متناسباً لقيمة المبيع ، ولكن البائع لا يحصل عليه ولا يعتمد ذلك .

(٢) أوبري دور ٥ ققرة ٣٤٩ ص ١٦ - الأستاذ أنور سلطان ققرة ١٣٨ - الأستاذ جميل الشرفاوى ص ١٠٧ هامش ٣ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوى ققرة ١٤٧ ص ٢١٤ - انظر ههنا ذلك وأن الهبة تكون مستمرة لا مكشوفة ببلانول وريير وعامل ١٥ ققرة ٤١ .

(٣) بلانول وريير وبلانويه ٢ ققرة ٢٣٧٢ - فارن جوسران ٢ ققرة ١٠٢٥ .

(٤) فارن بيدان ١١ ققرة ١٤٣ .

(٥) وقد فقت محكمة النقض بأنه على فرض أن الإيراد المقرر في العقد مدى حياة البائع هو دون ريع المنزل المبيع ، وأن هذا يجعل الثمن معنوياً فيستبرئ العقد باطلاً كبيع ، فإن الحكم قد أقام قضاءه على أساس أن العقد يستبرئ في هذه الحالة هبة صحيحة شكلاً لإنزاعها في قالب بيع (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ ، مجموعة أحكام النقض رقم ٩٦ ص ٥٧٣) .

لا يزيد على الربع الخالي للدار ، جاز اعتبار الثمن هنا ثمناً جديداً لا تافهاً  
وإن كان ثمناً نجساً ، وصح البيع (١) .

## ٢٥ - الثمن البخس

(دعوى الثمن الفاحش)

٢٦٧ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٢٥ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١ . إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تنوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن  
يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل .  
٢ . ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم المقار بمحسب  
قيمه وقت البيع .

وتنص المادة ٤٢٦ على ما يأتي :

١ . تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن ، إذا انقضت  
ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب  
العقار المبيع .

وتنص المادة ٤٢٧ على ما يأتي :

« لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم كنص القانون بطريق المزاed العلفى (٢) .

---

(١) أنظر لوران ٢٤ فقرة ٨٥ وما بعدها — جيوار ١ فقرة ٩٧ — أوبري دوو .  
فقرة ٣٤٩ حاش ٢٦ — بيدان ١١ فقرة ١٤٢ — كولان وكاينتان ٢ فقرة ٨٧١ —  
الأستاذ جيل الشرفاوى ص ١٠٧ — الأستاذ عبد السلام البدرى فقرة ١٤٦ — وقارن  
ماركافيه م ١٥٩١ فقرة ٣ — بودوى وسينيا فقرة ١٣٠ — بلانيرول وديبر وهامل ١٠  
فقرة ٤١ ص ٤٢ — ص ٤٣ — الأستاذين أحمد نجيب الحلالي وحامد زك فقرة ١٠٧ —  
الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٩ .

ومحوز الطعن في البيع بدعوى الثمن الفاحش إذا توافرت شروطها ، كما سئى .

(٢) تاريخ النصوص :

م ٤٢٥ ورد هذا النص في المادة ٥٦٥ من المشروع التمهيدى عل وجه يقارب ما استقر  
عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة عدل تمهيداً طفيفاً فصار مطابقاً ، إلا في عبارة =

وتقابل هذه التصور في التقنين المدنى السابق المادتين ٣٣٦-٣٣٧/١٩٤١-

١٤٢٠ (١).

— واحدة عدلتها لجنة الشئون التشريعية في مجلس النواب، إذ كان نص المشروع كما يأتى : « فليس للبائع إلا أن يطلب تكملة المثل » فاستبدلت بهذه العبارة عبارة « فليأتى أن يطلب تكملة المثل » لأن العبارة الأولى توهم أن البائع ناقص الأهلية لا يملك في حالة التقين إلا دعوى تكملة المثل ، والواقع أنه يملك أيضاً دعوى إبطال العقد لتقص أهليته ، وقد يرى المصلحة في إحدى الدعويتين دون الأخرى . وصار رقم النص ٤٣٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٥ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥ — ص ٣٧ ) .

م ٤٢٦ : ورد هذا النص في المادة ٥٦٦ من المشروع التمهيدي على وجه يقارب ما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . وفي لجنة المراجعة عدل تمديداً طفيفاً فصار مطابقاً ، وأصبح رقمه ٤٣٥ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٦ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٧ — ص ٣٨ ) .

م ٤٢٧ : ورد هذا النص في المادة ٥٦٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : « لا يجوز للدين بالتدين في بيع ينص القانون على أنه لا يتم إلا بطريق المزاد العلنى » . وفي لجنة المراجعة حوّل النص تمحيوياً ليحمل المعنى أدق ، فأصبح المعنى مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٤٤٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٧ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩ وص ٤١ ) .

(١) التقنين المدنى السابق م ٤١٩/٣٢٦ : الدين الفاحش الزائد عن حس من المقار المبيع لا يترتب عليه حق إلا البائع في طلب تكملة المثل ، ويكون ذلك في حالة بيع مقار الفصر فقط .

م ٤٢٠/٣٢٧ : يسقط حق إقامة الدعوى بالدين الفاحش بعد بلوغ البائع من الرشد أو وفاته يستثنى . ولا يترتب على ذلك الحق إخلال بمحقوق أصحاب القروض المقاربة .

والفرق ما بين التقنينين الجديد والسابق بينتهما الماكدة الإيضاحية فيما يأتى :

١ — التقنين السابق لم يذكر إلا التناقص ، وجرى القضاء المصرى على أن ذلك يشمل غير التناقص أيضاً من غير كامل الأهلية كالحجوز عليه ، فجلس التقنين الجديد هذا القضاء بأن نص على بيع المقار المملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية ( استثناءات مختلط ١٠ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١١٥ — قانون ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٧٠ ) .

٢ — نص التقنين الجديد على الطريقة التى يقدر بها الدين ، فذكر أنه يجب لتقدير ما إذا كان الدين يزيد على الخمس أن يقوم المقار حسب قيمته وقت البيع . وهذا ما جرى عليه القضاء المصرى ، فقننته التقنين الجديد ناقلين ذلك عن المشروع الفرنسي الإبطال ( م ٣٩٥ ) .

٣ — جعل التقنين الجديد مدة التقادم ثلاث سنوات بدلاً من سنتين ، حتى يتسنى التشريع فى دعوى الإبطال مع دعوى تكملة المثل قديماً ( انظر سريان التقنين الجديد بالنسبة إلى الزمان فيما على فقرة ٢٢٣ ) .



وتسايل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري  
للمواد ٣٩٣ - ٣٩٥ - وفي التفتين المدني الليبي المواد ٤١٤ - ٤١٦ - وفي  
التفتين المدني العراقي المادة ١٢٤ - وفي تفتين الموجبات والعقود البنائي المادتين  
٢١٣ - ٢١٤ (١) .

١ - نص التفتين الجديد على عدم جواز الطعن بالنقض في بيع ثم كنس القانون بطريق  
المزاد العلني ، كالبيع جبراً لتنفيذ حل مال المدين وكبيع عقار القاصر في المزداد العلني ، لأن  
المفروض في عمله البيع أن كل الإجراءات اللازمة للحصول على أمل من يمكن وقت البيع  
اتخذت ، فإذا رسا المزداد رغم ذلك بطن فيه ثمن ، فليس في الأمر حيلة . وفي هذا أيضاً تفتين  
لما جرى عليه القضاء في مصر .

انظر فيما تقدم مجموعة الأعمال التصهيرية ٤ ص ٣٩ - ص ٤٥ .

ويمكن إضافة فرق خامس إلى هذه الفروق الأربعة ، هو الخاص بحماية الغير حسن النية ،  
فقد عم التفتين الجديد إذ شغل بالحماية كل من كسب حقاً عينياً على العقار المبيع ، وقصر التفتين  
السابق الحماية على أصحاب الرهون التقارية .

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٣٩٣ - ٣٩٥ ( مطابقة  
للمواد ٤٢٥ - ٤٢٧ من التفتين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ  
محمدي الزرقا فقرة ٧٧ - فقرة ٨٣ ) .  
التفتين المدني الليبي م ٤١٤ - ٤١٦ ( مطابقة للمواد ٤٢٥ - ٤٢٧ من التفتين المدني  
المصري ) .

التفتين المدني العراقي م ١٢٤ : ١ - مجرد التفتين لا يمنع من نفاذ المقدم ما دام التفتين لم يصحبه  
تقرير . ٢ - حل أنه إذا كان التفتين قاضياً وكان المليون محجوراً أو كان المال الذي حصل فيه  
التفتين مال الدولة أو الوقت ، فإن المقدم يكون باطلاً . ٣ - لا يجوز الطعن بالنقض في عقد تم  
بطريق المزايعة العلنية .

( ويختلف التفتين العراقي من التفتين المصري بوجه خاص في الجزاء المترتب على التفتين ، في  
التفتين المصري الجزاء هو تركة التفتين ، أما في التفتين العراقي فالجزاء هو بطلان المقدم أصلاً ) .

تفتين الموجبات والعقود البنائي م ٢١٣ : التفتين هو التفاروت وانتفاء التوازن بين الموجبات  
التي توسع لمصلحة فريق والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات العوض .

م ٢١٤ : إن التفتين لا يفسد في الأساس رهنا للمليون . ويكون الأمر على خلاف ذلك ويصح  
المقدم تابلًا لبطلان في الأحوال الآتية : أولاً - إذا كان المليون قاضياً . ثانياً - إذا كان للمليون  
واشداً وكان التفتين غاشماً : الأول أن يكون قاضياً وشاداً من العادة المألوفة ، والثانية أن  
يكون المستفيد قد أراد استئجار شقيق أو عيش أو عدم عبء في المليون . ويمكن إلى النجدة المعينة  
فيما تقدم إبطال عقود الفرر نفسها بسبب التفتين .

( ويختلف التفتين البنائي عن التفتين المصري فيما يأتي : (١) لم يحدد التفتين البنائي رقاً =

وزى من ذلك أن الثمن البخس ، وهو الثمن الذى يقل عن قيمة المبيع كثيراً ولكنه ثمن جدى قصد البائع أن يتقاضاه ، لا يمنع تمام البيع كما قدمنا ، إذا توافر فيه شروط الثمن . فإذا باع شخص كامل الأهلية داراً قيمتها أربعة آلاف بالثمن أو بألف ، كان البيع صحيحاً (١) ، ولا يدخل عليه البطلان من طريق بخس الثمن ، فهو ثمن جدى وإن كان ثمناً قليلاً (٢) .

على أن بخس الثمن - كما يخلص من النصوص المتقدمة الذكر - يعيب البيع في حالة واحدة ، هى حالة بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية ولكن بشروط معينة إذا توافرت جاز الطعن في البيع بدهوى الثمن الفاحش (٣) .

## ١ - الشروط الواجب توافرها لتحقيق الثمن الفاحش

٢١٨ - شروط أربعة : يجب لتحقيق الثمن الفاحش الذى يعيب البيع توافر شروط أربعة تستخلص من نصوص المواد ٤٢٥ - ٤٢٧ مدنى : (١) أن يكون صاحب المبيع المبيعة غير كامل الأهلية (٢) وأن تكون العين المبيعة عقاراً (٣) والا يكون البيع في مزاد علنى تم وفقاً لأحكام القانون (٤) وأن يقل الثمن عن قيمة العقار وقت البيع بأكثر من الخمس .

== ثابتاً لائق ، وقد حدد الثمنين المصرى وفقاً لفصله الخامس . (٢) مزج بين الثمن والاستغلال . (٣) قصر الثمن على القاصر دون غيره من لم تتوافر قيم الأهلية . (٤) جعل جزاء الثمن إبطال العقد لا تكله الثمن) .

(١) استئناف غلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٢ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٩ - ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٢ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٨١ .

(٢) وقد يدخل البطلان من طريق عيب من عيوب الإرادة كالإكراه أو التدليس أو الغلط (نقش مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥٩ ص ٣٠٥ - وانظر ألفا فقرة ٢١٤ في المباحث) .

(٣) أما الثمن ذو الميزان الذى يعيب الرضاء نفسه ولو كان المتعاقد كامل الأهلية - الاستغلال - فقد سبق منه (انظر الوسيط جزء أول فقرة ٢٠٢ - فقرة ٢١٢) .

## ٢١٩ - الشرط الأول - صاحب المبيع المبيعة غير كامل الأهلية :

يجب أولاً أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية . فإن كان كامل الأهلية ، فهو حر في أن يبيع ماله بأي ثمن شاء . وإن باعه بشئ قليل ، لم يؤثر في سلامة البيع مقدار الثمن الذي لحق به مهما كان هذا الثمن فاحشاً ، ما دام الثمن جدنياً قصد البائع أن يحصل عليه (١) . وليس يعيب بيع كامل الأهلية ، عن طريق الثمن ، إلا أن يستغل فيه طيش بين أو هوى جامع وأن تتوافر سائر شروط الاستغلال ، ويختلف معيار الاستغلال عن معيار الثمن في أن ذلك ذاتي وهذا موضوعي (٢) .

فالواجب إذن أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية ، سواء كان فاقده الأهلية أصلاً أو كان ناقصها لحسب (٣) . فيجوز أن يكون صبيّاً غير مميز

(١) أما في القانون الفرنسي . فيجوز الطعن في بيع الثمار المملوك لكامل الأهلية إذا زاد الثمن حل ١٢/٧ من قيمة الثمار وقت البيع ، ويجوز المشتري إما حل رد الثمن واسترداد الثمن وإما حل تكملة الثمن إلى تسعة أثمان القيمة وقت البيع . فمرد المبيع هو الالتزام الأصل ، وتكملة الثمن التزام بديل ( بلانويل وريبر . وهامل ١٠ فقرات ٢٤٦ ص ٣٠٢ - ص ٣٠٣ - جوسران ٢ فقرات ١٠٥٥ ص ٥٥١ ) أنظر في تاريخ دعوى الثمن في القانون الفرنسي وأصل هذه الدعوى في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم بودرى وسينيا فقرة ٦٧١ - فقرة ٦٧٣ - بلانويل وريبر وهامل ١٠ فقرات ٢٣٥ .

وفي الفقه الإسلامي يمنع الثمن إطلاقاً في الأموال الربوية ( وهي المخطومات والأيمان أو المكبرات والموزونات ) . وثمناً هذا الأموال الربوية لا يؤثر الثمن إذا لم يصحبه تنرر ، ولكن بمجرد الثمن إذا كان ناشئاً يؤثر في بيع أروال المحجور وبيت المال والوقف فيجعل العقد فاسداً .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويلاحظ أن معيار الثمن هنا معيار مادي . أما الثمن في العقد بصفة عامة ، وهو الاستغلال المنصوص عليه في الالتزامات بوجه عام ، فمباره معيار نفسي ؛ ولا يشترط فيه الوقوف عند رقم معلوم . . . ويستخلص مما تقدم أن بيع حقل كامل الأهلية لا يطمئن فيه بالثمن إلا إذا توافرت فيه شروط الاستغلال التي سبق بيانها » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ؛ ص ٤١ ) .

(٣) وينتد أن يكون صاحب الثمار المبيع فاقده الأهلية أصلاً ، لأنه إذا باشر العقد بنفسه كان العقد باطلاً ، وإذا باشره عنه وصيه بنهر إذن المحكة كان العقد باطلاً أيضاً . فيبقى أن يباشر العقد الرضى بإذن المحكة ، ولا يباع الثمار في مزاد علني ، ويقع في البيع حين فاحش . ويقع أيضاً أن يباشر العقد الولي في المخلود الذي لا يشترط فيها إذن المحكة ، ويقع في البيع حين فاحش =

أو مجنوناً أو معتماً ، وهؤلاء فاقدوا الأهلية أصلاً ، ويبع بالنيابة عنهم الولي أو الوصي أو القيم . ويجوز أن يكون صيماً مراً أو عجوراً عليه لفظة أو لفظة ، وهؤلاء ناقصو الأهلية ، ويبع بالنيابة عنهم الولي أو الوصي أو القيم ، وقد يباثرون البيع بأنفسهم . أما النائب والمجور عليه لفظة جنائية ومن أقيم له مساعد قضائي ، فهؤلاء لا يحضرون ناقصي الأهلية بسبب الغيبة أو العقوبة أو العادة ، وحكمهم هو حكم كامل الأهلية .

## ٢٢٠ - الشرط الثاني - العين المبيعة عقار : ويجب ثانياً أن تكون

العين المبيعة عقاراً . فبيع المتقولات بأى ثمن جدى مهما قل لا يبيعه الفنين الفناحش ، ولو كانت هذه المتقولات مملوكة لغير كامل الأهلية (١) . ومن ثم إذا بيعت أسهم (٢) أو سندات أو سيارة أو « عوامة » أو آلة ميكانيكية أو غير ذلك من المتقولات ذات القيمة الكبيرة بفن فاحش ، لم يؤثر ذلك في سلامة البيع ، ولو كانت هذه المتقولات مملوكة لقاصر أو لمجور عليه . وكذلك إذا بيع متجر (fonds de commerce) فالمتجر يعد متقولا (٣) . فالمتقولات لا تخضع إذن دعوى الفنين الفناحش وإنما تخضعها الاجراءات التى رسمها المشرع لحماية القاصر والمجور عليهم في قانون الولاية على المال ، وأنها وجوب الحصول على إذن المحكمة .

أما إذا كان للبيع عقاراً ، فتحصيه دعوى الفنين الفناحش . ويستوى أن يكون هذا العقار حق ملكية على عقار كدار أو أرض (٤) ، أو يكون خفا عينيا دون

---

١ - أما إذا كان صاحب العقار المبيع ناقص الأهلية ، فيضاف إلى هذين الفرعين فرض ثالث ، هو أن يباشر ناقص الأهلية العقد بنفسه ويقع في البيع فن فاحش ، فيكون البيع قابلاً للتمن فيه بدعوى الإبطال وبدعوى الفنين الفناحش . انظر ما يلى بقرة ٢٢١ .

(١) استئناف غطط ١١ بتاريخ ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٣ .

(٢) غير أن بيع حصص في شركة مقاربة يعتبر بيع عقار ، إذا أدى إلى تجميع الحصص كلها في يد شريك واحد ومن ثم انحلت الشركة ( بلانويك ورييتر وعامل ١٠ بقرة ٢٢٨ ص ٢٨٥ ) .

(٣) بلانويك ورييتر وعامل ١٠ بقرة ٢٢٨ ص ٢٨٥ .

(٤) لو كان العقار عقاراً بالتخصيص فيدخل مع العقار الأصل في حساب الف .

حق الملكية مادام واقعاً على عقارك حتى الانتفاع بدار أو أرض وحق الرقبة وحق الارتفاق وحق الحكر (١). ولكن حوالة الحق الشخصي غير العقارى ، ولو كان هذا الحق مكفولاً بتأمين عيني واقع على عقارك من أو اختصاص أو امتياز ، لا يعتبر بيع عقار . بل هو بيع منقول لا تحميه دعوى الغبن الفاحش ، لأن البيع واقع على حق شخص غير عقارى . فإذا كان الحق الشخصي واقعاً على عقار ، كحوالة حق المشتري القاصر أو المهجور عليه لعقار اشتراه ولم يسجل عقد البيع ، اعتبر عقاراً وجازت حمايته بدعوى الغبن الفاحش .

وإذا كان المبيع عقاراً ومنقولاً يباع صفقة واحدة بثمن واحد ، وكانت الصفقة قابلة للتجزئة ، جرت وقسم الثمن على العقار والمنقول ، وجاز الطعن بالغبن في العقار دون المنقول . وإذا لم تكن الصفقة قابلة للتجزئة ، جاز الطعن في البيع كله بالغبن ، على ألا يدخل في حساب الغبن إلا قيمة العقار وحده منسوبة إلى حصته في الثمن (٢).

## ٢٢١ - الشرط الثالث - لا يكون البيع في مزاد علني م وفقاً

لأحكام القانون : ويجب ثالثاً ألا يكون البيع في مزاد علني . ونلاحظ بادية ذي بدء أن الذي تحميه دعوى الغبن الفاحش هو البيع (٣) لا الشراء . فإذا اشترى

---

(١) ويستوى أن يكون العقار مفزراً أو شائعاً - ولا يعتبر عقاراً المنقول بحسب المال كما في بيع البناء بقصد حقه ، وبيع الأشجار بقصد قطعها ، وبيع حق استخراج المعادن والأحجار من المناجم والمناجم ( بودي وسينيا فقرة ٦٨٠ ) .

(٢) لوبري دور ٥ فقرة ٣٥٨ حاشي ٦ - بودي وسينيا فقرة ٦٨١ - بلانويول وديري وهامل ١٠ فقرة ٣٣٨ ص ٢٨٥ - ش ٢٨٦ ) .

(٣) مل أنه لا يجوز الطعن ، في عهد التفتين المدفد السابق ، في بيع الوفاء بالدين . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يجوز تطبيق قواعد الغبن الفاحش على عقد البيع الوفاء الصادر من ولي القاصر لغيره عن جزء من أمواله القاصر ، وذلك سواء أكان العقد حقه بيع وفائي أم كان المقصود به إغفاء ومن عقارى . وذلك لأن البائع في العقد الأول استرداد المبيع إذا رد الثمن في المباد ، ولأن المشتري في العقد الثاني ليس له أى حق حتى حل الدين وإعفاءه دين حاسي ، وبذلك ينتج حصول أى ضرر للقاصر من جراء تصرفات وليه في حاله لإمكان استرداد الدين المبيحة في الحالتين ( ٣ يناير سنة ١٩٣٥ المبيعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٧ ) .

القاصر أو المحجور عليه عقاراً ولو بفن فاحش ، فليست دعوى النبن هي التي  
تحميه (١) ، وإنما تحميه الإجراءات المرسومة لهذا الغرض في قانون الولاية على  
المال ، وأهمها وجوب الحصول على إذن المحكمة كما سبق القول .

فالبيع وحده هو الذي تحميه دعوى النبن . ويجب ألا يكون البيع حاصلًا  
بالمزاد العلني ، لأن المزايد يفسح السبيل للحصول على أكبر ثمن ممكن للعقار  
المبيع . فإذا رسا المزايد بثمن يقل عن قيمة العقار بأكثر من الخمس ، فهذا  
دليل على أن العقار لا يجد مشترياً بأكثر من هذا الثمن ، فلا محل إذن للطعن  
في المبيع بالنبن . هذا إلى أن جعل البيع بالمزاد مهذواً بأن يطن فيه بالنبن قد  
يكون سبباً لإحجام كثيرين من اللخول في المزايد ، فلا تبيح الأسباب كاملة  
للوصول بثمنه إلى أعلى مقدار ممكن ، وتقلب الحماية ضرراً لا نفعاً .

وقد كان المشروع التمهيدى لقادة ٤٧٧ ملقى تجرى على الوجه الآتى :  
ولا يجوز الطعن بالنبن في بيع ينص القانون على أنه لا يتم إلا بطريق المزايد العلني . -  
فكان الطعن بالنبن ممتنعاً ، بموجب هذا النص ، في بيع يحتم القانون أن يكون  
بالمزاد العلني ، وذلك كييع عقار للمدين للتنفيذ بالدين وبيع العقار لعلم إمكان  
قسمته حيناً . أما إذا كان البيع لا يحتم قانوناً أن يكون بالمزاد العلني ، كييع عقار  
غير كامل الأهلية والغائب (٢) ، فإنه يجوز الطعن فيه بالنبن ولو حصل بالمزاد  
العلني . ولكن نص المشروع التمهيدى حور في لجنة المراجعة ، واستقر النص  
في المادة ٤٧٧ من التقنين المدني الجديد على الوجه الآتى : - لا يجوز الطعن بالنبن

(١) وقد قست محكمة الاستئناف المختصة بأن المشتري لا يستطيع الطعن في الشراء بدعوى  
النبن ، ولو اشترى بأكثر من قيمة المبيع بما يزيد على الخمس ( لا يتأثر سنة ١٨٩١ م ٢٠١٦ ) .

كله لا يجوز الطعن بالنبن في المقايضة ، أو تقديم عقار كضمانة في شركة ، ولا في الوفاء  
بدين مقابل هو عقار وإن كانت هذه الحالة الأخيرة محل شك ( للاستاذ عبد المنعم البدواوي  
قراءة ١٥٣ - الأستاذ جيل الشرقاوي ص ٤٤ ) .

(٢) فهذا البيع يسمح أن يقع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات وسبها تقنين المرافعات ( انظر  
للواء ٧١٢ - ٧١٧ ) ، وإن كان القانون لا يحتم ذلك . فقد يحصل الرضى على إذن المحكمة  
في بيع عقار القاصر ، وتقتصر المحكمة على أخذ ولو غير قيمة العقار ومناسبة الثمن لهذه القيمة  
هكذا أن يحتم أن يكون البيع بالمزاد العلني .

في بيع ثم كنص القانون بطريق المزاو العلني (١). فأصبح ، بموجب هذا النص ، الطعن بالغبين ممتنعاً في بيع عقار غير كامل الأهلية إذا اشترطت المحكمة بيعه بالمزاو العلني ، وتم البيع فعلاً بالمزاو كنص القانون أى وفقاً للإجراءات التي رسمها تقنين المرافعات في بيع عقار غير كامل الأهلية والغائب (٧١٢-٧١٧ مرافعات (٢) .

وخلص مما قدمناه أنه لا يجوز الطعن بالغبين في الأحوال الآتية : (١) إذا بيع عقار غير كامل الأهلية في المزاو العلني تنفيذاً لدين (٢) . (٢) إذا بيع عقار غير كامل الأهلية في المزاو العلني لعدم إمكان قسمته عيناً . (٣) إذا بيع عقار غير كامل الأهلية في المزاو العلني تنفيذاً لأمر المحكمة التي أذنت في البيع (١).

ويجوز الطعن بالغبين في الأحوال الآتية : (١) إذا باع ناقص الأهلية العقار بنفسه دون إذن أو إجازة ، فيكون البيع قابلاً للطعن فيه بدعوى الغبن وبدعوى الإبطال

---

(١) انظر آتياً فقرة ٢١٧ في المالحش .

(٢) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ١١٢ والأستاذ منصور مصطفي

منصور فقرة ٢٥ ص ٦٢ - ص ٦٣ .

وفي معنى الرأي الذي ذهب إليه قضت محكمة النقض بأن المادة ٩١٤ مرافعات (قديم) لا توجب بيع عقار القاصر بطريق المزايعة ، ولا يترتب البطلان على عدم اتباع هذا الطريق ، كما أن قانون المجالس الحسبية الصادر في سنة ١٩٢٥ لم يشر بالتتابع الإجراءات المنصوص عليها في المادة المشار إليها . ولازم ذلك أن بيع عقار القاصر بالمزايعة مع تصديق المجلس الحسبي لا مخالفة فيه للقانون ولا لقيادة المشار إليها . ويكون حكم النص المذكور غير واجب الاتباع إلا في حالة بيع عقار القاصر للمأذون في بيعة من الجهة المختصة بالمزايعة ( نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣٤ ص ٥٣٤ ) .

(٣) ويستوي أن يكون المزاو العلني قضائياً أو إدارياً ، فإذا بيع عقار مجبور يبيعاً إدارياً لاستيفاء قضائية ، لم يجوز الطعن في البيع بالغبين ، لأنه بيع ثم بطريق المزاو العلني كنص القانون ( الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ١١٢ ) .

(٤) كذلك لا يجوز الطعن بالغبين في نزاع ملكية عقار ملوك لغير كامل الأهلية النضجة العامة ، بحجة أن التصويض غير كاف وأنه يخطو على عين فاحش : فالمفروض أن صاحب العقار المنزوع ملكيته قد طرق السبل القانونية التي فتحتها له القانون لجل التصويض مادلاً لا يخطو على عين ( كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٧٨ ص ٥٨٦ - جوران ٢ فقرة ١٠٥٢ ص ٥٥١ - الأستاذان أحمد نجيب الملاد وسامه زك فقرة ٤٧١ ) .

معاً (١) . (٢) إذا باع الأب مال ولده فيما لا يزيد قيمته على ثلثائة جنيه ، إذ لا يحتاج في هذه الحالة إلى الحصول على إذن من المحكمة (١) . (٣) إذا باع الولي أو الوصي أو القيم مال المحجور بعد الحصول على إذن من المحكمة وبعد أن أخذت المحكمة رأى الخبير ، ولكن دون أن يكون البيع حاصلًا بالمراد العلفي لعدم اشتراط

(١) فإذا أجاز القاصر البيع بعد بلوغ سن الرشد ، زال سبب الإبطال وبقي سبب التبن ، فيجوز له - حيث أن يعلن في البيع بالتبن . ويتحقق مصلحته في ذلك إذا نزلت قيمة العقار المبيع وقت الطعن بالتبن عما كانت وقت البيع ، فإن هو طعن بالإبطال استرد عقاراً قد تكون قيمته أقل مما كانت وقت البيع بأكثر من الخمس . فتكون له إذن مصلحة في أن يعلن بالتبن دون الإبطال حتى يستكمل أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع ، فيكسب من دعوى التبن أكثر مما يكسب من دعوى الإبطال . مثل ذلك أن تكون قيمة العقار وقت البيع سائة ، فيبيعه القاصر بثلثائة . فإذا بلغ سن الرشد ، وقد نزلت قيمة العقار إلى أربعائة ، كانت إجازة البيع واستكمال أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع بدعوى التبن غيراً للبائع من إبطال البيع واسترداد العقار مع رد ثمنه . ذلك أنه في الحالة الأولى يكسب مائة وعثمانين ، وهو المقدار الذي يستكمل به أربعة أخماس قيمة العقار . أما في الحالة الثانية فيسترد عقاراً قيمته وقت استرداده أربعائة ، ويرد الثمن وهو ثلثائة ، فالفرق الذي يكسبه هو مائة فقط .

وتقول المذكرة الإصلحية للشروع في هذا الصدد ، وكان نظام المحاليس الشبيهة إذ ذاك قائماً ، ما يأتي : « هذا ويلاحظ أن نظام المحاليس الحسبية يمنع في أحوال كثيرة من تطبيق هذه الأحكام ، فإن بيع عقار القاصر والمحجور عليه يكون عادة بقرار من المجلس الحسبي بعد اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع التبن ، حل أن التبن يتصور وقوعه بالقرع من ذلك ، كما إذا باع القاصر عقاره بثن بنس دون الرجوع إلى المجلس الحسبي . فيكون البيع قابلاً للبطال من جهة ، وقابلاً للطعن عليه بالتبن من جهة أخرى . وقد يميز القاصر البيع بعد بلوغ سن الرشد ، ثم يعلن فيه بالتبن إذا كانت له مصلحة في ذلك . ويتحقق المصلحة إذا نزلت قيمة العقار المبيع وقت الطعن بالتبن عما كانت وقت البيع ، بحيث تكون تكلفة التبن التي يحصل عليها من وراء الطعن بالتبن غيراً له من استرداد المبيع إذا هو طعن في البيع بالبطال » (مجموعة الأعمال التمهيدية ٤ ص ٤٠ - ص ٤١) .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن يبع ثل مال القاصر بثن فاحش يعطى الحق في طلب تكلفة التبن لا في طلب بطلان العقد ، أما إذا باشر القاصر البيع بنفسه فيكون له الحق عند وجود التبن الفاحش في دفع إحدى دعويين ، إما دعوى بطلان التصرف لعدم الأهلية ودعوى تكلفة التبن ( ٢ أكتوبر سنة ١٩٣٥ الجمعية الفرنسية ٢٦ رقم ١١٧ ) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز الطعن بالتبن في عقد وقع من حل محل القاصر شرعاً في التعامل به ، أما إذا صدر البيع من القاصر نفسه فإن القاصر يجوز له طلب إبطال هذا البيع لتنص الأهلية ( ٢٤ يناير سنة ١٩١١ الحقوق ٢٧ ص ٦٧ ) .

(٢) الأستاذ سليمان مرقس بقرة ١٢٥ ص ١٧٥ - ١٧٦ - الأستاذ عبد المنعم لعلو بقرة ١٥٣ ص ٢٢٢ .



المحكمة ذلك . فقد بقع في هذه الحالة الأخيرة غبن يزيد على الخمس ، وذلك بالرغم من رأى الخبير الذى وافق على البيع ، وبالرغم من أن المحكمة كانت تعلم رفض الإذن إذا كان الغبن يزيد على خمس القيمة .

ولا يمنع من الطعن في البيع بالغبن أن يكون البيع احتياطياً ، إذ يجوز أن بدخل الغبن البيع الاحتمالي . فإذا بيع عقار محجور عليه بإراد مرتب مدى حياته وكان هذا الإراد لا يزيد على ربع المقار ، فالتمن هنا جدى ولكنه غن بجس ، وقد لحق البائع منه غبن فاحش ، فيجوز الطعن في البيع بالغبن (١) .

### ٢٢٢ - الشرط الرابع - الثمن يقل عن قيمة المقار المبيع

وقت البيع بأكثر من الخمس : والغبن لا يكون فاحشاً إلا إذا زادت قيمة المقار المبيع وقت البيع على ثمنه بأكثر من خمس القيمة . أما إذا بيع المقار بثمن هو أربعة أخماس قيمته وقت البيع أو بثمن أكثر من ذلك ، فلا محل للطعن في البيع بدعوى الغبن . ونقف هنا عند رقم محدود لا نتعمده ، وهذا الرقم مأخوذ من الفقه الإسلامى فيه أن الغبن الفاحش هو ما يزيد على الخمس ، ومن ثم كان معيار الغبن موضوعياً بخلاف الاستقلال فإن معياره ذاتى (٢) كما قلنا .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٦ في الماشى — كذلك إذا كان المقار المبيع هو حق انتفاع مدى حياة المستمع أو حق رقة انفصل من حق انتفاع مدى حياة المستمع ، فإن هذا بيع احتيالى يمكن يجوز أن يدعوه الغبن ( أنظر في تطور هذه المسألة في القضاء الفرنسى وانتباهه إلى إقرار هذا المبدأ بلانبول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٢٣٩ : وانظر كولان وكايتيان ٢ فقرة ١٠٠٢ - أنيكلوبى : الفوز ه لفظ *venie* فقرة ٤٨٩ - فقرة ٤٩٧ - الأستاذ عبد المنعم الجبروى فقرة ٣٥ ص ٦١ - ص ٦٢ - الأستاذ إسماعيل غانم ص ٥٨ - الدكتور توفيق فرج في نظرية الاستقلال رسالة من الاسكتندرية سنة ١٩٥٧ ص ٢١٠ - ص ٢٢٢ - وقارن الأستاذين نجيب الملال وحسان زك فقرة ١٧٧ ) .

(٢) فلا يشترط في الغبن أن تكون إرادة المبتون معينة ، بل يصح أن يكون حل بيته من أمره غير مشروط عليه وقد باع غتاراً بهذا الغبن الفاحش . أما في الاستقلال فلا بد أن يكون قد استل في المبتون طيشه للبين أو هواه الجلباح . ومن ذلك زرى أن دعوى الغبن ترجع في طبيعتها لا إلى عيب في الإرادة ولا إلى نقص =

والعبرة في تقويم العقار، لحساب مقدار ما وقع من غبن ، بوقت البيع (١) ، لا بوقت الطعن بالغبن . فإذا كانت قيمة العقار ألفاً وبيع بسبعائة ، كان هناك غبن يزيد على خمس قيمة العقار وقت البيع . ومن ثم يجوز الطعن في هذا البيع بالغبن ، واستكمال المائة التي يقل بها الثمن عن أربعة أخماس القيمة ، حتى لو زلت قيمة العقار وقت الطعن بالغبن إلى سبعائة فأصبح الثمن مساوياً لقيمة العقار وقت رفع الدعوى .

وكذلك العبرة بالثمن الذي يستحقه صاحب العقار المبيع ، ولا تدخل المصروفات فهي لا تعود على صاحب العقار بفائدة (٢) .

## ب - ما يترتب من الأثر على تحقق الغبن الفاحش

٢٢٣ - وهوئى تشكلت التهمة : ليس الغبن سبباً من أسباب إبطال البيع وإنما هو سبب لتشكك الثمن (٣) . ذلك أن المشرع لا يسمح بأن يباع عقار غير كامل الأهلية بأقل من أربعة أخماس قيمته ، فإذا بيع بأقل من ذلك

---

= في الأهلية ولا إلى تخلف السبب جزئياً ولا إلى مسئولية تقصيرية ، وإنما ترجع إلى فكرة التبادل ما بين المبيع والمثل ، ولذلك جاء الكلام فيها بعد الكلام في تقدير المثل ، وهكذا فصل المقتنين المدعى الجديد . والقانون عندما يتطلب هذا التبادل في حالة القاصر والمجهول لا يتسامح إلا في عسير لا يزيد على خمس القيمة ، ولذلك كان الغبن الفاحش "هيباً في العقد ذاته أى في التبادل ما بين المبيع والمثل ( الأستاذ عبد المنعم البداوى فقرة ١٥٢ - وقارن الأستاذ جليل الشرقاوى ص ٤٧ - ص ١٩ ) .

(١) كذلك إذا كان البيع إنعاقاً وتنفيذاً لوعده سابقين بالبيع ذكر فيه المثل ، فالعبرة بقيمة العقار وقت ظهور رغبة الموعود له ، بالبيع في شراء العقار ، إذ في هذا الوقت يتم البيع . ولا يمتد بوقت الوعد بالبيع ، وقد ترتفع قيمة العقار أو تنخفض كما قد تتغير قيمة العملة ، والاعتبار في كل ذلك إنما يكون بالوقت الذي يتم فيه البيع أى عند ظهور رغبة الموعود له في الشراء ( بلاتويل وديبير وعامل ١٠ فقرة ٢٤٤ ) .

(٢) بلاتويل وديبير وعامل ١٠ فقرة ٢٤٣ ص ٢٩٥ .

(٣) استئناف مطى ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ الحاماة ٤ رقم ١/١٨١ ص ١٥٠ - استئناف مخطط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٠٩ .

لم يطل البيع ، ولكن يستكمل الثمن إلى أن يصل إلى أربعة أخماس القيمة (١) . وبذلك يتحقق غرض المشرع من أن غير كامل الأهلية لا يفتن في أكثر من الخمس ، وهو المقدار الذى يتفانى فيه الناس عادة . ولا يكون الفتن سبباً في إبطال البيع ، إلا إذا كان نتيجة غلط أو تدليس (٢) .

والذى يرفع الدعوى هو صاحب العقار المبيع ، بنفسه أو بورثته من بعده أو بواسطة وليه . يرفعها بنفسه عند بلوغه من الرشد وإجازته للبيع إذا كان هو الذى باشره . فإذا مات قبل بلوغ من الرشد أو بعد بلوغه هذه السن وقبل تقادم دعوى الفتن ، رفعها ورثته من بعده (٣) . ويرفعها وليه نيابة عنه إذا كان هو لا زال قاصراً ، سواء باشر القاصر البيع بنفسه أو باشره عنه الولي بفد إذن المحكمة (٤) . وترفع الدعوى على المشتري أو ورثته ، لأن تكلفة الثمن التزام في ذمة المشتري (٥) . وترفع أمام المحكمة التى يوجد في دائرتها موطن المشتري ، لأنها دعوى بحق شخصي (٦) . وعلى المدعى ، أى صاحب العقار

---

(١) فإذا كان الثمن لإيراداً مرتبطاً على الحياة ، قدرت تكلفة الثمن وفقاً لحساب البيع في شركات التأمين ( بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٣٠٢ هامش ٣ ) .

ولم ينص التفتين المدعى المصرى ، كما نص التفتين المدعى الفرنسى ( م ١٩٨٢ ) ، على أن يبالغ المطالبة أيضاً بفوائده تكلفة الثمن بالسعر القانوني من وقت المطالبة القضائية بتكلفة الثمن . فلابد من اتباع القواعد العامة في مصر ، فلا تكون المطالبة القضائية بتكلفة الثمن لاستحقاق للفوائد بالسعر القانوني ، بل لابد من المطالبة القضائية بالفوائد ذاتها .

(٢) استئناف عطلط ٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦٨ - ٢٧ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٥٥ - ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١ .

(٣) والدعوى لا تتميز ، فإذا تمدد الورثة وجب أن يتفقوا جميعاً على رفعها ( بلانيول وهامل ١٠ ققرة ٢٤٠ ص ٢٩١ ) .

(٤) استئناف مصر ٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المبيعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٧ - الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ققرة ٧٤ ص ١١٥ - الاستاذ منصور مصطفى منصور ققرة ٣٦ ص ٩٣ - وقارون الأستاذين أحمد نجيب الملل وحامد زكى ققرة ٤٧٤ - الأستاذ سليمان مرقس ققرة ١٢٥ ص ١٧٤ - الاستاذ محمد كامل موسى ققرة ١١١ .

(٥) وإذا أخذ شفيع العقار بالشفعة ، حل محل المشتري في الالتزام بتكلفة الثمن ، ورفضت الدعوى عليه ( الأستاذ أنور سلطان ققرة ٦٥ ص ٨٦ ) .

(٦) أما في فرنسا فهي دعوى فسخ يتبادرها المشتري بتكلفة الثمن ، ومن ثم فهي دعوى عطلطة ( بلانيول وريبير وهامل ١٠ ققرة ٢٢٧ ص ٤٨٤ ) .

المبيع ، أن يثبت حقه في تكتلة الثمن ، فيثبت أن قيمة العقار وقت البيع تزيد على الثمن بأكثر من خمس القيمة ، وله أن يطلب تعيين خبير لتقدير قيمة العقار وقت البيع . فإذا أثبت ذلك ، حكم القاضي على المشتري بتكتلة الثمن إلى أن يبلغ أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع . ولصاحب العقار أن ينفذ بهذا الحكم على جميع أموال المشتري ، ويدخل في ذلك العقار المبيع ذاته ، لأن الحق شخصي في ذمة المشتري كما قدمنا فجميع أمواله ضامنة للوفاء به . بل إن تكتلة الثمن - وهي جزء من الثمن - تكون مكفولة أيضاً بحق امتياز البائع على العقار المبيع (١) . فإذا بقي العقار في ملك المشتري ، فإن البائع بماله من حق امتياز يتقدم فيه على سائر دائي المشتري ويستوفى حقه قبلهم من ثمن هذا العقار أما إذا تصرف فيه المشتري ، معاوضة أو تبرعاً ، فللبائع أن يتبعه في يد الغير بحق امتياز إذا كان قد قيده قبل شهر التصرف الصادر من المشتري .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٦ مدني ، كما رأينا ، على أن تسقط بالتقادم دعوى تكتلة الثمن بسبب الثمن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع . وقد جمل التقنين المدني الجديد مدة التقادم ثلاث سنوات - وكان التقنين المدني السابق يجعلها سنتين (٢) حتى ينسق التشريع في دعاوى الإبطال مع دعوى تكتلة الثمن (٣) . فإذا كان صاحب العقار المبيع صبيّاً ، فلوليه أن يرفع دعوى تكتلة الثمن طوال المدة التي يبقى فيها الصبي غير كامل الأهلية ، حتى إذا بلغ سن الرشد قلّه هو أن يرفع دعوى تكتلة الثمن في خلال الثلاث السنوات التي تلي بلوغه هذه السن . فإن مات قبل انقضاء الثلاث السنوات ، كان لورثته رفع الدعوى في المدة الباقية .

---

(١) ويجب شهر حق الامتياز من طريق قيد تشكيل يأخذ مرتبته من وقت القيد ( الأستاذ حيد الفتاح ميد الباق ص ١١٥ ) .

(٢) فإذا كانت دعوى الثمن قد تقدمت بسنتين قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وهو يوم تقدم التقنين الجديد ، فإنها تسقط . أما إذا كانت مدة السنتين لم تنقض في هذا اليوم ، طبقت أحكام التقنين الجديد وأكلت مدة التقادم إلى ثلاث سنوات .

(٣) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٣٩ - وانظر أيضاً فقرة ٢١٧ في الملحق .

وإن مات قبل بلوغه سن الرشد ، فلورثة رفع الدعوى في خلال ثلاث سنوات من وقت موته . والمدة مدة تقادم لأمدة سقوط ، فيرد عليها من أسباب الانقضاء ما يرد على سائر مدد التقادم . ولكنها لا توقف ، لأن التقادم الذي لا يزيد مدته على خمس سنوات لا يرد عليه الوقف بسبب عدم توافر الأهلية ولو لم يكن للدائن نائب يمثل ( م ٢/٣٨٢ مدني ) . أما إذا كان صاحب العقار محجوراً عليه ، فإنه يكون للقيم أن يرفع دعوى تكملة الثمن طوال مدة الحجر . فإن مات صاحب العقار وهو لا يزال محجوراً عليه ، فلورثته رفع الدعوى في خلال ثلاث سنوات من وقت موته . وإذا رفع الحجر كان لصاحب العقار نفسه أو لورثته من بعده رفع الدعوى في خلال الثلاث سنوات التي تلي رفع الحجر على النحو الذي تقدم في شأن القاصر (١) .

وقد قدمنا أن دعوى تكملة الثمن قد يقترن بها دعوى إبطال البيع لنقص الأهلية (٢) . ودعوى الإبطال هذه تسقط هي أيضاً بالتقادم إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من وقت موت البائع ، فمدة التقادم واحدة لكل من الدعويين .

## ٢٢٤ - دعوى الفسخ : ولصاحب العقار المبيع إذا لم يدفع له المشتري تكملة الثمن بعد الحكم بها عليه ، أن يطلب أيضاً فسخ البيع ، شأنه في ذلك

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وتسقط الدعوى بثلاث سنوات من وقت الأهلية الكاملة أو من وقت وفاة غير كامل الأهلية ، وتنتقل الدعوى في هذه الحالة إلى الورثة ، ولا يوقف التقادم حتى لو كان بين الورثة من هو غير كامل الأهلية ولم يكن له نائب شرعي » ( مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٤٠ ) .

ولاحظ أنه إذا بلغ البائع سن الرشد أو انتهى الحجر فبدأ سريان مدة الثلاث سنوات ، فإن حزم المدة لا تقف ولو سبى في غلظها على البائع ، لأن الوقف لا يرد عليها كاسبق القول ( الأستاذان أحمد نجيب الملل وحامد زكي فقرة ٤٧٦ ) .

ومحجوز بهذا أن يستكمل البائع أهليته أن ينزل من دعوى تكملة الثمن ومن دعوى الإبطال . أما وهو لا يزال غير كامل الأهلية ، فلا يجوز له ذلك ، بل لا يجوز ذلك أيضاً قول ولا لمحكمة ( الأستاذان أحمد نجيب الملل وحامد زكي فقرة ٤٧٢ ) .

(٢) أما دعوى الاستقلال فتسلي لكانت الأهلية ، إذ أن غير كامل الأهلية ليس في حاجة إليها ومنته ما هو أقوى منها وهي دعوى الإبطال ( قارن الأستاذ جيل الشتراري ص ٤٧ ) . ( م ٢٦ - الوسيط ٤ )

شأن كل بائع لم يستوف الثمن بأكمله (١). فإذا فسخ البيع ، استرد البائع العقار ورد ما قبضه من الثمن ، ولكن له أن يطلب الحكم على المشتري بتعويض (٢) .

ويسترد البائع العقار بعد الفسخ من تحت يد المشتري . فإذا كان المشتري قد تصرف في العقار معاوضة أو تبرعاً ، فإن المتصرف إليه إذا كان حسن النية - وحسن النية مفروض فيه (٣) - لا يصبیه ضرر من دعوى الفسخ . ذلك أن دعوى تكملة الثمن وما ينتج عنها من دعوى الفسخ لا تلحق ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع (م ٤٢٦/٢ مدني) (٤) . ومن ثم لا يستطيع البائع أن يسترد العقار من تحت يد الغير حسن النية ، ولا يبقى له إلا الرجوع بالتعويض على المشتري (٥) . فإذا استطاع البائع أن يثبت سوء نية الغير أي أن يثبت أن الغير كان يعلم وقت تعامله مع المشتري بقيام دعوى تكملة الثمن ، جاز له بعد فسخ البيع أن يسترد العقار من تحت يد الغير سيء النية .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « فإذا حكم بالتكملة ، ولم يدفعها البائع ، جاز فسخ البيع - لا إبطاله - تطبيقاً للقواعد العامة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٠ ) . ولصاحب العقار المبيع كذلك أن يمنع من تسليم المبيع إلى المشتري ، إذا كان لم يسله إياه ، وذلك إلى أن يستوفى تكملة الثمن ، وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد .

(٢) فإذا كانت قيمة العقار قد نزلت إلى أقل من أربعة أخماسها ، واسترد البائع العقار ، كان له أن يطلب تعويضاً هو الفرق بين أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع وقيمته بعد النزول .

(٣) ولكنه يعتبر سيئاً النية من وقت أن يسجل البائع هريضة دعوى الفسخ ، فإذا لم يكن المتصرف إليه قد شترهقه البنى - ملكية أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق اختصاص أو غير ذلك - قبل تسجيل هريضة دعوى الفسخ ، سرى الفسخ في حقه . أما إذا كان قد شترهقه قبل تسجيل هريضة دعوى الفسخ ، فلا يسرى في حقه الفسخ إذا كان حسن النية ، فإن كان سيئاً النية سرى الفسخ في حقه .

(٤) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٠ .

(٥) ولا يمكن في التعويض باستكمال الثمن إلى أربعة أخماس قيمة المبيع ، بل يطلب قيمة المبيع كاملة إذا كانت هذه القيمة لم تنزل . ذلك أن البائع بعد المحصول على حكم فسخ البيع ، انتقل حقه من استكمال الثمن إلى استرداد المبيع ذاته ، فإن تملكه عليه الاسترداد بفعل المشتري وجب له هذا تعويض كامل أى دفع قيمة المبيع ( قارن الأستاذ عبد المنعم البدرأوى بقرة ١٥٥ ) .

وحتى عن البيان أن دعوى الفسخ مستقلة عن دعوى تكملة الثمن ، وإن كانت تقوم نتيجة لها (١) . فلا تسقط دعوى الفسخ إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت قيام سبب الفسخ أى من وقت امتناع المشتري عن دفع تكملة الثمن ، وهذا بخلاف دعوى تكملة الثمن فانها تسقط بثلاث سنوات على التخصيل الذي قلّمناه .

---

(١) وقد القانون الفرنسي ، كما رأينا ، يطلب البائع فسخ البيع ، فيستطيع المشتري أن يتقاضى الفسخ بتكملة الثمن . فالبايع في القانون الفرنسي يبدأ بدعوى الفسخ ، وينتهي بتكملة الثمن . أما البائع في القانون المصري فيبدأ بدعوى تكملة الثمن ، وينتهي بالفسخ .

## الفصل الثاني

### الآثار التي ترتب على البيع

٢٢٥- تطبق القواعد العامة: البيع عقد ملزم للجانبين ، فالآثار التي ترتب عليه هي التزامات في جانب البائع والتزامات مقابلة في جانب المشتري (١). ونبحث هنا التزامات البائع ، ثم التزامات المشتري (٢) .

(١) فإذا لم يتم أحد المتباينين بالتزاماته ، جاز للأخر وفقاً للقواعد العامة ، فسخ البيع . ويجاز له أيضاً حبس المبيع إذا كان هو البائع ، أو حبس الثمن إذا كان هو المشتري . والبائع حق امتياز على المبيع يكفل له استيفاء الثمن بأكمله ، ويحل محله عند الكلام في حقوق الامتياز . (٢) ويلاحظ أن في تفسير التزامات كل من البائع والمشتري تسري القاعدة التي تقضي بأن يكون التفسير لمصلحة الملتزم ، فيكون تفسير التزامات البائع لمصلحة البائع وتفسير التزامات المشتري لمصلحة المشتري . وقد قضت المادة ١٦٠٢ من القانون المدني الفرنسي بأن التفسير يكون دائماً لمصلحة المشتري ، وقد اعتبر القضاء الفرنسي هذا النص استثناء فلم يتوسع في تطبيقه ، وقصره على الشروط المألوفة في المبيعات ، أما الشروط غير المألوفة التي تعهد بها البائع فتفـ.

لمصلحته (بودري وبينيئا لقرة ٢٨٣ — فقرة ٢٨٤ — وانظر أيضاً فقرة ٢٤٤) . وقد كان القضاء المختلط يفسر لمصلحة المشتري إذا تطرق الشك إلى بين الشيء المبيع مع أن هذا داخل في التزامات البائع فكان ينبغي أن يفسر لمصلحة لا لمصلحة المشتري . وكان لفسر الشك ضده (استئناف مخطط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٥ — ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ — ١٠ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٨ — ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً بأنه إذا أخذ المشتري على حلقه قيمة الرهن الذي يتحمل الدين المبيعة ، فالفرق بين قيمة الرهن الحقيقية والقيمة المسماة في عقد البيع يفيد منها المشتري لأن الشرط يفسر لصالحه (استئناف مخطط ٦ يونيو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢) . وكان القضاء المختلط يجرى بذلك على حكم نص القانون المدني الفرنسي ، مع أن نص المادة ١٦٠٢ من هذا القانون لم تنفل في التفتين المدني المختلط . حل أن محكمة الاستئناف المختلطة قضت مع ذلك في حكم لها بأن القواعد العامة هي التي تسري في تفسير التزامات كل من البائع والمشتري ، فالشك في الثمن يفسر لمصلحة المشتري والشك في المبيع يفسر لمصلحة البائع (استئناف مخطط ١٩ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٥٥) .

وقد قضت محكمة النقض أخيراً بأنه متى تبين أن محكمة الموضوع قد قدرت شروط البيع في =



## الفرع الاول

### التزامات البائع

٢٢٦ - التزامات أربعة : يلتزم البائع بموجب عقد البيع ذاته دون حاجة إلى اتفاق خاص ، بالتزامات أربعة : (١) نقل ملكية المبيع إلى المشتري (٢) تسليم المبيع له (٣) ضمان التمرض والاستحقاق (٤) ضمان العيوب الخفية (١) .

### المبحث الأول

#### نقل ملكية المبيع

٢٢٧ - المفصول بالمبيع - نقره النصوص القانونية : قلنا (٢) أن المبيع قد يكون حق ملكية وهو الغالب ، وقد يكون حقاً عينياً آخر متفرعاً من حق الملكية كحق الانتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق وحق الحكر ، كما يكون حقاً شخصياً فيسمى البيع عندئذ بحالة الحق ، بل قد يكون المبيع حقاً معنوياً كحقوق المؤلف والملكية الفنية والملكية الصناعية .

== خصوص تحديد كمية المبيع تفسيراً لثباته لم يخرج به عن حد حل عباراتها حل ما يمكن أن تحمله ، ودعت حكمها في هذا الخصوص بما يؤيده من اعتبارات عقلية ، فإن ذلك مما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع إلى لا وفاة لحكمة النقض عليها ( نقض مدق ٢٠ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٩ ص ٢٢٢ ) .

(١) وقد أورد تقنين الموجبات والنقود البناني للتصور المتعلقة بانتقال ملكية المبيع في فصل خاص ، ثم أورد بعد ذلك سائر التزامات البائع ، بعد أن جمع حل فرار التقنين المدني الفرنسي بين ضمان التمرض والاستحقاق و ضمان العيوب الخفية تحت عبارة « ضمان المبيع » ، نص في المادة ٤٠١ منه ( أنظر أيضاً المادة ١٦٠٣ مدق فرنسي ) حل ما يأتي : « حل البائع واجبات أساسيات : أولاً - تسليم المبيع . - ثانياً - ضمان المبيع » .

(٢) أنظر أيضاً فقرة ١٠١ .

وفي جميع هذه الأحوال ينقل البيع الحق كما هو ، بمقوماته وخصائصه ، من البائع إلى المشتري طبقاً للقواعد والإجراءات التي قررها القانون . فيبيع الدار بترتب عليه نقل ملكية الدار إلى المشتري ، ويبيع حق الانتفاع بترتب عليه نقل حق الانتفاع ( أو ملكية حق الانتفاع ) ، ويبيع الحق الشخصي بترتب عليه نقل ملكية الحق الشخصي ، ويبيع حق المؤلف بترتب عليه نقل ملكية هذا الحق ، وهكذا . وهذا هو الذي نعنيه بنقل ملكية المبيع .

وقد نظم التقنين المدني نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في نصوص متفرقة، هي المواد ٢٠٤ إلى ٢٠٧ مدني والمواد ٤٢٨ إلى ٤٣٠ مدني والمواد ٩٣٢ إلى ٩٣٤ مدني ، وسنعرض لهذه النصوص فيما يلي . أما نقل الحق الشخصي - وهذه هي حوالة الحق - فقد عرض له التقنين المدني في المواد ٣٠٣ إلى ٣١٤ مدني ، وقد سبق بحث حوالة الحق في الجزء الثالث من الوسيط فنتبعدها من بحثنا هنا . وكذلك نستبعد نقل الملكية المعنوية كحقوق المؤلف فكانها قوانين خاصة أشارت إليها المادة ٨٦ مدني إذ تقول : « الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » .

فيبقى إذن للبحث نقل حق الملكية والحقوق العينية الأخرى المتفرقة عن الملكية ، وذلك عن طريق عقد البيع . وهذه هي الحقوق التي نعنيها بلفظ « المبيع » ، فإذا قلنا نقل الملكية في المنقول أو في العقار ، قصدنا بذلك نقل حق الملكية في منقول أو عقار ، أو الحقوق المتفرقة عن حق الملكية وتكون واقعة على منقول أو عقار . وعلى هذا الوجه نبحث ما يأتي : (١) نقل الملكية بوجه عام (٢) نقل الملكية في المنقول (٣) نقل الملكية بالعقار .

## المطلب الأول

### نقل الملكية بوجه عام

٢٢٨ - مسائل تهمت : لم يكن البيع في القديم يولد التزاماً بنقل الملكية ، فلم يكن عقداً ناقلاً للملكية . ولكنه تطور بعد ذلك تدريجاً ، حتى أصبح ينقل الملكية فنبعث في هذا الصدد مسائل ثلاثاً : (١) التطور التاريخي

البيع كمقد ناقل للملكية (٢) تحليل معنى نقل الملكية (٣) ما يتضمنه الالتزام بنقل الملكية وما يترتب على نقل الملكية فعلا .

## ١٩ — التطور التاريخي للبيع كمقد ناقل للملكية

٢٢٩ — **البيع في القانون الروماني** : كان البيع في القانون الروماني عقداً لا ينقل الملكية بذاته ، بل الذي كان ينقل الملكية هو وضع من الأوضاع المادية المعروفة في هذا القانون : الإشهاد (mancipatio) أو التنازل القضائي (jure in cesso) أو القبض (traditio) أو التقادم (usucapio) .

بل لم يكن البيع يترتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، وكان كل ما يلزم به البائع بمجرد البيع — ما لم يوجد شرط صريح في العقد يلزمه بنقل الملكية — هو أن ينقل إلى المشتري حيازة هادئة بموجبها يضع يده على المبيع كمالك دون أن يتعرض له أحد ودون أن يتعرض له البائع نفسه . فكان البائع ، إلى جانب التزامه بنقل هذه الحيازة ، يلتزم أيضاً بضمان التعرض الصادر من جهته هو أو الصادر من أجنبي . وكان هذا يعتبر كافياً لتحقيق الغرض الذي يستهدفه البيع ، فما دام المشتري واثقاً بده على المبيع بحوزة حيازة هادئة ، ويستفاد به بجميع الطرق المشروعة ، دون أن يتعرض له أحد في ذلك ، فاعليه ألا يكون مالكا وقد حوى في يده جميع الميزات التي يتوخاها من كسب هذه الملكية . وكان يترتب على ذلك أن البائع في القانون الروماني يصبح أن يستبقى الملكية عنده دون أن ينقلها إلى المشتري ، والضمان الذي يكفل للمشتري تحقيق بغيته هو التزام البائع بعدم التعرض له . بل كان يترتب على ذلك أن الشخص كان يستطيع بيع ملك غيره ، وكان بيع ملك الغير صحيحاً ما دام البائع ، دون أن يكون مالكا ، قادراً على نقل حيازة المبيع إلى المشتري على النحو الذي أسلفناه ، وقادراً في الوقت ذاته على منع أى عمل يكدر على المشتري حيازته إذ هو ضامن له التعرض والاستحقاق كما سبق القول .

على أن البيع في القانون الروماني ، إذا كان لا يستلزم نقل الملكية ، كان من طبيعته نقلها . والدليل على ذلك أمران : (أولهما) أنه كان يجوز للمشتري

أن يشترط في عقد البيع على البائع أن ينقل له ملكية المبيع ، وكان هذا الشرط صحيحاً لأنه يتألف مع طبيعة البيع ، وعند ذلك كان على البائع أن ينقل ملكية المبيع للمشتري ولا يقتصر على نقل الحيازة المادية . ( والأمر الثاني ) أنه كان لا يجوز للبائع أن يشترط على المشتري ألا ينقل له ملكية المبيع ، فهذا الشرط يتناقض مع طبيعة البيع ، ومن ثم كان غير جائز (١) .

٢٣٠ - **البيع في القانون الفرنسي القديم** : وانتقلت أحكام القانون الروماني في هذا الصدد إلى القانون الفرنسي القديم ، فكان البيع لا ينقل الملكية ولا يربط التزاماً بنقلها . وبقي من طرق نقل الملكية ، وهي الأوضاع المادية التي كانت سائدة في القانون الروماني ، القبض وحده ، بعد أن اخنن الإشهاد والتنازل القضائي . فكان البيع في القانون الفرنسي القديم ينقل إلى المشتري حيازة هادئة على أساس أنه مالك ، ولم تكن الملكية تنتقل إليه إلا بالقبض ، ومن ثم كان بيع ملك الغير صحيحاً في هذا القانون . وبقي القانون الفرنسي القديم على هذا النحو إلى آخر مراحل ، حتى أن بوتيه ، وهو الفقيه الذي ختم عهود القانون الفرنسي القديم ، لم يدخل في تعريف البيع أنه ينقل الملكية إلى المشتري (٢) .

على أن تطور القانون الفرنسي القديم طوال مراحل أدى إلى أن يكون البيع

---

(١) والسبب في أن القانون الروماني لم يكن يجعل البيع ناقلاً للملكية أن حق التملك كان مقصوراً على المواطن الروماني . ولما أُلزمت ضرورات التطور التعامل مع غير المواطنين الرومانيين ، ووجب التوفيق بين هذه الضرورات وبين القواعد القانونية المتبعة ، جعل أثر البيع مقصوراً على تمكين المشتري من الانتفاع بالمبيع ، وهذا يفسر التعامل مع غير المواطنين الرومانيين (كولان وكايبان ٢ فقرة ٥٠٨) .

(٢) فقد عرف بوتيه البيع على النحو الآتي : البيع عقد بموجبه يلتزم أحد المتعاقدين ، وهو البائع ، نحو المتعاقد الآخر أن ينقل إليه شيئاً يحوزه كالك (lui faire avoir) librement à titre de propriétaire une chose) ، ويلتزم المتعاقد الآخر ، وهو المشتري ، في مقابل ذلك أن يدفع الثمن (بوتيه في عقد البيع فقرة ١) ، ويقول بوتيه ، في تعليقه على هذا التعريف ، إن البائع يلتزم بتسليم الشيء إلى المشتري وبضمان التعرض والاستحقاق ، ولكنه لا يلتزم بنقل الملكية فعلاً إلى المشتري (بوتيه في البيع فقرة ١ - وانظر بودوي وسيشيا فقرة ٦ ص ٥) .

حيث لا غير مباشر لنقل الملكية ، لا لأنه كان يرتب التزاماً بنقل الملكية ، بل لأن التعامل قد جرى على أن تنتقل الملكية إلى المشتري بالقبض . ثم ألفت الناس أن يجعلوا هذا القبض أمراً صورياً ، فكانوا يكتبون في بيعاتهم أن القبض قد تم ( clause de dessaisine-saisine, vest et devest ) فكان من وراء هذا القبض الصوري أن تنتقل الملكية إلى المشتري ، والمفروض أنها انتقلت بالقبض ، والواقع أنها انتقلت بذكر حصول القبض في العقد . على أن ذكر حصول القبض مالم يثبت أن أصبح هو أيضاً شرطاً مألوفاً ( clause de style ) في عقد البيع .

٢٣١- البيع في الفقه الإسلامي: وقد جاوز الفقه الإسلامي هذه المرحلة التي وصل إليها القانون الفرنسي القديم ، فجعل الملك ينتقل بالعقد مباشرة ، ويصبح المشتري للمتار أو للمنفول مالكا للمبيع بمجرد العقد . وقد جاء في البدائع (١) : « وأما بيان صفة الحكم فله صفتان . الثانية الحاول ، وهو ثبوت الملك في البديلين للحال ، لأنه تملك بتمليك ، وهو إيجاب الملك من الجانبين للحال ، فيقتضى ثبوت الملك في البديلين للحال . بخلاف البيع بشرط الخيار ، لأن الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ، فيمنع وقوعه تملكاً للحال . وبخلاف البيع الفاسد ، فإن ثبوت الملك فيه موقوف على القبض ، فيصير تملكاً عنده . » ويبين من هذا النص أن العقد ذاته هو الذي ينقل الملك ، وفي ذلك يختلف التصوير الفني في الفقه الإسلامي عنه في الفقه اللاتيني . ففي الفقه الإسلامي ينتقل الملك بالعقد ، أما في الفقه اللاتيني فالعقد ينشئ التزاماً بنقل الملك ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوئه فينتقل الملك ولكن تنفيذاً للالتزام لا بحكم العقد .

وقد كان مقتضى انتقال الملك إلى المشتري بالبيع في الفقه الإسلامي أن يملك المشتري التصرف في المبيع بمجرد البيع ، حتى قبل القبض . وهذا هو مذهب مالك (٢) ، أما عند الشافعية والخنابلة فلا يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع

(١) جزء ٥ ص ٢٤٢ .

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ٢ ص ١٢٥ .

قبل قبضه سواء كان متقولاً أو عقاراً (١) . وأما عند الحنفية فلا يجوز للمشتري التصرف في المتقول قبل قبضه إذ يجوز أن يتلف قبل القبض فيبطل البيع بذلك ويؤدي إلى الفرر بالمشتري الجديد ، ويجوز التصرف في العقار قبل قبضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأن هلاك العقار غير محتمل (٢) .

ويخلص مما تقدم أن الملك ينتقل بالبيع في الفقه الإسلامي ، ولكن القبض يزيد نقل الملك تأكيداً ، فهو الذي يطلق به المشتري أن التصرف في أكثر المذاهب على ما رأينا .

## ٢٣٢ - البيع في القانون الحديث - القانون الفرنسي والقانون

المصري : ولما رأى واضعو تقنين نابليون إلى أين انتهى التطور في القانون الفرنسي القديم على النحو الذي أسلفناه ، خطوا آخر مرحلة من مراحل هذا التطور ، فجعلوا البيع ذاته ناقلاً للملكية إذ يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقلها إلى المشتري . وإذا كانت الفقرة الأولى من المادة ١٥٨٢ من التقنين المدني الفرنسي لا تزال تحمل أثر القانون الفرنسي القديم (٣) ، إلا أن سائر النصوص في هذا التقنين قاطعة في أن البيع أصبح بذاته ناقلاً للملكية . من ذلك المادة ١٥٨٣ مدني فرنسي وهي تقول : . . يكسب المشتري من البائع قانوناً ملكية المبيع ، بمجرد اتفاقهما

(١) ويذكرون لتعليل ذلك أسباباً مختلفة : منها أن انتقال ملك المبيع إلى المشتري لا يتأكد إلا بالقبض ، فإذا تأكد بالقبض استطاع المشتري أن يتصرف فيه . ومنها أن البيع قبل القبض يكون في ضمان البائع لا في ضمان المشتري ، ولا يجوز للمشتري أن يبيع ما ليس في ضمانه . ومنها أن المشتري الذي يبيع ما لم يقبض لا يكون قادراً على التسليم ، فلا يجوز له أن يبيع المبيع حتى يقبضه ليكون قادراً على تسليمه . أنظر الأمل قشاشي بيزه ٣ ص ٦٠ - فتاوى ابن تيمية ٤ ص ٧٤ - ص ٧٥ .

(٢) مختصر المحامى ص ٨٤ - ص ٨٥ .

(٣) إذ تعرف البيع على الوجه الآتي : « البيع اتفاق بموجبه يلتزم أحد المتعاقدين بتسليم المبيع ، ويلتزم المتعاقد الآخر بدفع ثمنه » . وهذا هو الأصل الفرنسي للنص :

Art. 1582 : La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer.

على المبيع والنمن ، ولو كان المبيع لم يسلم والنمن لم يدفع (١) .  
وجاءت نصوص التقنين المدني المصري - القديم والجديد - صريحة في أن  
البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري (٢) .

ومن ثم صار بيع ملك الغير لا يتلاءم مع طبيعة البيع بعد أن أصبح البيع  
ناقلًا للملكية ، فجاءت النصوص صريحة في بطلان بيع ملك الغير في كل من  
التقنين المدني الفرنسي والتقنين للمصري ، وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً ..

## ٢٤ - تحليل معنى نقل الملكية

٢٣٣ - الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية فعلاً : يجب التمييز  
بين ترتيب البيع لالتزام بنقل الملكية وبين تنفيذ هذا الالتزام بنقل الملكية فعلاً ،  
وإن كان الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه كقاعدة عامة فوراً بمجرد نشوئه . على  
أنه قد يسبق تنفيذ الالتزام بنقل الملكية أعمال تمهيدية يلتزم بها البائع ، ولا بد  
على كل حال من توافر شروط معينة حتى يتم نقل الملكية فعلاً . فإذا قام البائع بما  
عسى أن يكون ضرورياً من الأعمال التمهيدية لنقل الملكية ، وتوافرت الشروط  
الواجبة لنقلها ، انتقلت فعلاً من البائع إلى المشتري بحكم القانون وقد كسبها  
المشتري بعقد البيع .

(١) وهذا هو الأصل الفرنسي النص :

Art. 1583 : ... la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard  
du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la  
chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

وانظر أيضاً للمادتين ٧١١ و ١١٣٨ من التقنين المدني الفرنسي ، وانظر الأعمال التحضيرية  
للتقنين المدني الفرنسي وهي تصرح بأن هذا التقنين جعل البيع ينقل ملكية المبيع من تلقاء نفسه  
( يوردى وسبنا مقرة ٨ - مقرة ١٠ ) . وهذا لا يمنع من أن تكون هناك إجراءات تلاعب  
عقد البيع لينقل الملكية ، إما بالنسبة إلى الغير ، أو حتى فيما بين المتعاقدين . فتسجيل عقد البيع  
في المقار ضروري في القانون المصري : لا فسخ لنقل الملكية في حق الغير ، بل أيضاً لنقلها  
فيما بين المتعاقدين .

(٢) تنصت المادة ٢٣٥/٣٠٠ من التقنين المدني السابق على أن « البيع عقد يلتزم به أحد  
المتعاقدين نقل ملكية شيء للآخر في مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المخطئ عليه بينهما » .  
ولغت المادة ٤١٨ من التقنين المدني الجديد على أن « البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري  
ملكية شيء أو حقا مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي » .

فتكلم إذن في القاعدة التي تقضى بأن الالتزام ينقل الملكية يتم تنفيذه فوراً بحكم القانون ، وفي التزام البائع بالأعمال التمهيدية الضرورية لنقل الملكية ، وفي الشروط الواجب توافرها لنقل الملكية فعلاً .

### ٢٣٤ - الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه فوراً بحكم القانون :

جرى التقنين المدنى المصرى على تقاليد القوانين اللاتينية في الطريقة التي بموجبها ينتقل البيع الملكية إلى المشتري . فالبيع ينشئ أولاً التزاماً في جانب البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، ثم يتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بحكم القانون ، إذا توافرت الشروط المطلوبة ، فتنتقل الملكية فعلاً إلى المشتري . فيبدو أن نقل الملكية كان أثراً مباشراً لعقد البيع ، ولكن نقل الملكية من ناحية الصناعة الفنية ليس إلا تنفيذاً للالتزام بنقلها ، والأثر المباشر لعقد البيع هو إنشاء هذا الالتزام .

فالقاعدة إذن أن الالتزام بنقل الملكية ينقل الملكية من تلقاء نفسه متى قام البائع بما عسى أن يكون ضرورياً من الأعمال التمهيدية لنقلها ، ومتى توافرت الشروط الواجبة لذلك . وهذا ما قرره المادة ٢٠٤ مدنى إذ تقول : « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان على الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . ثم أكدته المادة ٩٣٢ مدنى وأحالت على النص السالف الذكر إذ تقول : « تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد ، متى ورد على عمل مملوك لامتصرف طبقاً للمادة ٢٠٤ ، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية » (١) .

وقد سبق أن عالجنا هذه المسألة في الجزء الثانى من الوسيط (٢) ؛ فكتبنا ما يأتى : « ويلاحظ أن التقنين الجديد سار على النظرية التقليدية من أن نقل

(١) وقد نصت المادة ٢٩٢ من تقنين الموجبات والمقود الهانى على ما يأتى : « إن بيع العقار أو الحقوق العينية المترتبة على أى عشار لا يكون له معمول حتى بين المتعاقدين إلا من تاريخ قيده في السجل العقارى » . ونصت المادة ٣٩٤ من نفس التقنين ما يأتى : « إن المشتري يكتسب حقاً ملكية المبيع إذا كان عيناً معينة عنهما يصبح البيع تاماً باتفاق المتعاقدين ، ما لم يكن ثمة نص قانونى يخالف كالتنص الواردة في المادة السابقة . ويكون الأمر كما تقدم حتى في الحائنين الآتين : أولاً - إذا كان التسليم أو دفع الثمن مربوطاً بأجل . ثانياً - إذا كان البيع منقذ على شرط الإنهاء » .

(٢) فقرة ٤١٦ .



الملكية يسبقه التزام بنقلها ، وهذا الالتزام يتم تنفيذه من تلقاء نفسه فننتقل الملكية إلى الدائن بحكم القانون ، وينقضى الالتزام بنقل الملكية بمجرد نشوئه . وهذا الوضع بقية تختلف عن تقاليد القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، حيث كانت الملكية لا تنتقل بالمقد . ثم كتبنا فى الحاشية « وبذهب بنكاز Bonnecase إلى أنه لا يوجد اليوم ما يمنع من القول بأن العقد ذاته ينقل الملكية دون افتراض التزام موهوم يسبق نقل الملكية ، وينقضى بمجرد أن ينشأ . ويمكن للوصول إلى هذه النتيجة القول بأن المقد حرك القانون فجعله ينقل الملكية ، وبذلك يكون القانون لا العقد هو الذى رتب الأثر : أنظر التصرف القانونى والوافعة القانونية دروس لقسم الدكتوراه للمؤلف ص ٧٧ . على أنه فى بلد تتبع نظام السجل العقارى Livre Foncier يبرز التمييز بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل : فالعقد لا ينقل الملكية بنفسه بل يقتصر على إنشاء التزام بنقلها ، أما نقل الملكية بالفعل فلا يتم إلا بتسجيل العقد فى السجل العقارى . وفى فترة الانتقال التى تحتازها مصر اليوم إلى نظام السجل العقارى يبرز أيضاً هذا الفرق بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل ، فالعقد ينشئ التزاما بنقل الملكية ، ولا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل » .

قلنا إنه قد توجد أعمال ضرورية يلتزم البائع القيام بها تمهيداً لنقل الملكية ، وهناك شروط يجب توافرها حتى يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية فوراً بحكم القانون فننتقل الملكية فعلاً إلى المشتري ، فما هى هذه الأعمال ؟ وما هى هذه الشروط ؟

### ٢٣٥ - التزام البائع بالأعمال التمهيديّة الضرورية لنقل

الملكية - نص قانونى : تنص المادة ٤٢٨ من التقنين المدنى على أنه « يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشتري ، وأن

(١) قانون الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١١ ص ١٥ - ص ١٦ و فقرة ٨٠

يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً (١) .

فقد تكون هناك أعمال ضرورية ، إيجابية أو سلبية ، لا بد أن يقوم بها البائع أو يكف عنها حتى يمكن أن ينتقل الحق المبيع (٢) إلى المشتري . وتورد المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أمثلة لهذه الأعمال فتقول : قد يطلب من البائع أن يقوم بأعمال مادية ، إيجابية أو سلبية ، من شأنها أن تجعل نقل الملكية متيسراً . من ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل ، وتصديق البائع على إفضاله تمهيداً لتسجيل العقد ، وشطب التكاليف المقررة على العين قبل البيع ، وفرز المثليات ، والامتناع عن التصرف في العين تصرفاً يضر بالمشتري (٣) . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص هو المادة ٥٧٣ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء . وورد في المذكورة الإيضاحية للمشروع

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٦٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤١ من المشروع لثباتى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٨ ( مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٤٢ - ص ٤٣ ) .

ولا مقابل لهذا النص في النصين اللذين السابق ، ولكن حكمه كان مسمولاً به دون نص لا ثقافته مع القواعد العامة .

ومقابل في التفتين المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدنى السوري المادة ٣٩٦ ( مطابقة ) ، وفي التفتين المدنى اليابى المادة ٤١٧ ( مطابقة ) ، وفي التفتين المدنى العراقى المادة ٥٣٥ ( مطابقة ) ، ولا مقابل لها في تفتين اللوجيات والمقود اللبناني ولكن الحكم متفق مع القواعد العامة في القانون اللبناني . انظر في القانون المدنى السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٨٩ - فقرة ٩٠ ، وفي القانون المدنى العراقى الأستاذ عباس حنين الصراف فقرة ٢٩٨ - فقرة ٢٩٩ .

(٢) وتقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في عبارة « الحق المبيع » : « وطه حيازة عامة لا تقتصر على نقل الملكية ، بل تشمل أى حق عيني أو شخصي يقع عليه البيع » ( مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٤٣ ) . ويدعى أن التزام البائع بأن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق يقصد به أن يقوم بما هو ضرورى من جانبه ، ولا شأن له بما يجب على المشتري أن يقوم به لنقل الملك ( قارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٢٩ هامش ١ ) .

(٣) مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٤٣

التعهدى في صدد هذا النص : « وعلى البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، كأن يبين له حدود العين المبيعة وما عليها من حقوق وتكاليف ، وعليه أن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بالمبيع كـ مستندات الملكية والعقود المتعلقة بالمبيع ويكون من شأنها أن تسرى في حق المشتري (١) » . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة « لأنها مستفادة من القواعد العامة (٢) » .

ويتبين مما قدمناه أن هناك نوعين من الأعمال يلزم البائع بهما ، أعمالاً إيجابية وأعمالاً سلبية (٣) .

أما الأعمال الإيجابية التي من شأنها التمهيد لنقل الملكية ، فثلثها في العقار فتصلقي البائع على إيفائه حتى يتمكن المشتري من تسجيل العقد (٤) ، وشهر

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٢ - ٥٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٥ في الماشى .

(٣) استئناف غلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٠١ - ٧ فبراير سنة

١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦ .

(٤) ولكن كتابة العقد وما سبق ذلك من إجراءات في قسم المساحة وإعداد العقد بوجه عام لتسجيل يقع على المشتري لأجل البائع ، وليس البائع ملزماً إلا بتقديم البيانات اللازمة لإعداد العقد لتسجيل . وقد قضت محكمة النقض بأن أحكام قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ والقرارات الصادرة بتنفيذه تحتم دفع رسوم التسجيل مع رسوم التصديق على الإضافات عند تقديم العقد للتوقيع عليه . ولما كان المشتري هو الملزم بدفع هذه الرسوم ، فإنه هو الذى يكون عليه تجهيز العقد بناء على البيانات التى يحصل عليها ، سواء من البائع أو من الأوراق ، وبعد ذلك يكون له أن يطلب البائع بالحضور إلى قلم كتاب المحكمة لإيفاء العقد . وإذا فن انطلقاً أن تعتبر المحكمة البائع ملزماً بتجهيز العقد وتقديمه للمشتري لإيفائه ، خصوصاً إذا كان للعقد الابتدائى صريحاً فى أن البائع غير ملزم إلا بإيفاء العقد التناهى وكان المشتري لم يطلبه من البائع فى الإنذار الذى وجهه إليه بالحضور إلى قسم المساحة لتحرير العقد التناهى ( نقض مدنى ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٤ ص ٤٦٨ ) . وقضت أيضاً بأنه إذا استخلص من نص العقد أن المشتري هو الذى يحضر العقد التناهى وأن ما ألزم به البائع هو أن يدفع مع المشتري فى اليوم الذى يحدده إلى ديوان المساحة لمراجعة العقد والمصادقة عليه أمام رئيس القلم ، تمين على المشتري ، بدلا من إنذار البائع بتحرير العقد التناهى فى أجل معين =

حق الإرث الواجب حصوله قبل تسجيل البيع (١) ، وتقديم الشهادات اللازمة للتسجيل كسندات ملكية البائع وشهادة الضريبة العقارية وبيان بمحدود العقار . ومنها في المتقول إفراد المبيع إذا لم يكن معيماً إلا بجنسه ونوعه ، لأن الملكية في هذه الحالة لا تنتقل إلا بالإفراز . أما بيان ما على للعقار من حقوق وتكاليف ، وشطب هذه الحقوق والتكاليف ، فهذا لا يبدو ضرورياً لنقل الملكية ، ولكنه لا يزال عملاً يلتزم به البائع ويدخل في التزامه العام بضمان الاستحقاق ، وسيأتي بيان ذلك . كذلك تقديم العقود المتعلقة بالمبيع ويكون من شأنها أن تسرى في حق المشتري : كعقد إيجار واقع على العين المبيعة وثابت التاريخ بحيث يسرى في حق المشتري وبيان بما لا يزال باقياً في ذمة الساتر من الأجرة ، وكعقد رهن نقل به المبيع فأصبح للدائن المرهن حق تتبع العين في يد المشتري (٢) ، ليس ضرورياً لنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، وإن كان لا يزال التزاماً في ذمة البائع تابعاً لالتزامه العام بضمان الاستحقاق .

وأما الأعمال السلبية التي يلزم البائع الكف عنها حتى يتيسر نقل الملكية إلى المشتري ، فثلها أن يتصرف البائع في العقار بعد البيع بحيث يتمكن المشتري الثاني من التسجيل قبل المشتري الأول ، وأن يتصرف البائع في المتقول بعد البيع ويعلمه للمشتري الثاني إذا كان هذا حسن النية . فيجب أن يكف البائع عن هذه الأعمال ، إذ من شأنها أن تجعل نقل الملكية إلى المشتري مستحيلاً ، ويمكن أن يتدرج هذا الالتزام أيضاً تحت الالتزام العام بضمان التعرض والاستحقاق كما سرى . ومثل ذلك أيضاً أن يبلحق البائع بالمبيع تلفاً أو تخريباً بحيث تهلك العين هلاكاً كلياً أو جزئياً فيتعذر انتقال ملكيتها خالصة إلى المشتري ، وهذا أيضاً

== وهو عمل لم يلتزم به ، أن يحدد في إنذاره يوماً للهاب إلى ديوان المساحة ( نقض عليه ٨ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٧٨ ص ٤٢٣ ) - أنظر أيضاً الأستاذ أمور سلطان صفة ١٥٢ .

(١) الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٧٩ .

(٢) وقد يستحق البائع سسند الدين والرهن في يده لأنه لا يزال ملزماً بالدين ، ويطلب صورة من هذا السند للمشتري .

يمكن إدخاله تحت التزام البائع بضمان التعرض (١). وهناك من الأعمال ما لا يجعل نقل الملكية للمشتري مستحيلاً ولكن يجعله صعباً. وهذه أيضاً يجب على البائع أن يكف عنها ، إذ النص كما رأينا يلزمه « أى يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الملكية مستحيلاً أو صعباً ». مثل ذلك أن يخفى البائع مستندات ضرورية للتسجيل كشهادة الضريبة العقارية ، فهذه يجوز للمشتري الحصول عليها ولكن بحسبة ، فاختافها يجعل نقل الملكية شاقاً ، ومن ثم يلزم البائع أن يكف عنه .

### ٢٣٦ - الشروط الواجب توافرها لانتقال الملكية الى المشتري :

فاذا قام البائع بالأعمال التهديدية لنقل الملكية انتقلت الملكية فعلاً الى المشتري بحكم القانون ، وذلك إذا توافرت الشروط المذكورة في المادة ٢٠٤ مدني وبموجب القانون ، والمادة ٩٣٢ مدني السالف الذكر . وهي شروط ثلاثة : (١) أن يكون المبيع شيئاً معيناً بالذات . (٢) وأن يكون مملوكاً للبائع . (٣) وألا يعلق القانون أو الاتفاق انتقال الملكية على القيام بعمل معين (٢).

أما أن يكون المبيع شيئاً معيناً بالذات فهنا شرط طبيعي ، فإن الملكية

---

(١) وقد قفمت محكمة النقض بأنه إذا كافى الحسب قد استغنى عن استعانة بالتنفيذ من أن الصاقد أبرم بمسودد قانون تقسيم الأراضي رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ ، وأن امتناع المساحة عن تسجيل العقد كان مترتباً كآثر من أثر هذا القانون ، فلا يمكن للبائع أن يستغنى عن رفض التسجيل للتذرع بفسخ العقد لاستعانة بالتنفيذ ، فإن ذلك يكون استغناءً موضوعياً سافهاً لا رقابة محكمة النقض عليه ( نقض ملف ٢٨ يولييه سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١١٠ ص ٧٨٩ ) .

(٢) هذه هي الشروط اللازمة لانتقال الملكية فعلاً إلى المشتري ، ولا يشترط غيرها . فانتقل الملكية إلى المشتري إذا توافرت هذه الشروط ، حتى لو كان مطلقاً بين المتبايعين تأجيل تسليم المبيع ، أو تأجيل دفع الثمن ، أو دفعه أقساماً حل تفصيل منورده فيما بعد ، وحتى لو كان المبيع معلقاً على شرط فاسخ . أما إذا كان المبيع معلقاً على شرط واقف ، فإن نقل الملكية يقف حتى يمتحن الشرط . وقد نصت المادة ٣٩٤ من تقنين الموجبات والعقود البتاني صراحة على هذا الحسب كما رأينا إذ تقول : « ويكون الأمر كما تقدم ( أى يكسب المشتري ملكية المبيع ) حتى في المتبايعين الاتيين : أولاً - إذا كان التسليم أو دفع الثمن مروطاً بأجل . ثانياً - إذا كان المبيع معلقاً على شرط الإلقاء » .

لا تنتقل من شخص إلى آخر إلا في شيء معين بالذات . بل إن هذا الشرط لم يصبح ذكره ضرورياً بعد ما قررنا من أن البائع يلتزم بالأعمال الضرورية التي تمهد لنقل الملكية ، فن بين هذه الأعمال إفراز المبيع إذا لم يكن معيناً إلا بالنوع كما سبق القول ، ففى قام البائع بالتزامه وأفرز المبيع ، فقد أصبح المبيع عيناً معينة بالذات وغاير الشرط . على أن المبيع قد يكون غير معين بالذات في حالتين أخريين : ( الحالة الأولى ) بيع شيء لم يصنع بعد ، كما إذا باع مصنع نسيج كميات من القماش لم يبدأ نسجها . فيكون المبيع هنا شيئاً غير معين بالذات ، ولا يتصور أن تنتقل ملكيته إلى المشتري إلا بعد تمام نسجه . ولا يعتبر النقل الذى يصنع منه النسيج ملكاً للمشتري ، بل يبقى ملكاً للمصنع إلى أن يتم نسجه ، ذلك أن المصنع لم يبيع غزلاً وإنما باع نسيجاً (١) . ( الحالة الثانية ) بيع

(١) فإذا تم صنع الشيء أو تقدم منه لدرجة تكفى لتعيينه ، فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري من هذا الوقت ولو قبل التسليم ، فيكون ضماناً لدائنيه ولا يجوز البائع إنلانه ( يبدان ١١ فقرة ١٦٧ - بلانيول وريبير وحامل ١٥ فقرة ١١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٦٥ - الأستاذ عبد المنعم البدرائى فقرة ١٧٥ ) . وكان الفقه فى فرنسا يذهب إلى أن ملكية الشيء الموصى به ( chose à fabriquer ) لا تنتقل إلا بتسليمه للمشتري وقبوله منه ، ففى بيع على شرط التسليم ( vente à livrer ) ، وذلك كأثاث الموصى به منه يبق على ملك الصانع إلى أن يتم تحليه للمشتري ( بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٢٢ - بلانيول وريبير ودواست ١١ فقرة ٩٢٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٩٥ ) . ثم اتجه القضاء الفرنسى إلى أن نقل الملكية يتم بمجرد الانتهاء من صنع الشيء أو التقدم فى صنعه بحيث يكون ذلك كافياً فى تعيينه كما سبق القول ، وتبع القضاء بعض الفقهاء كما رأينا (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدرائى فقرة ١٧٥) . على أنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن الملكية لا تنتقل إلا عند قبول المشتري الشيء الموصى به منه وتسلمه إياه ، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمناً من أن البائع هو الذى يورد الخامات التى يصنع منها الشيء ( يبدان ١١ فقرة ١٦٧ ) .

ولى الأمضاء التى تصنع على نموذج واحد ( fabrication en série ) يعتبر المبيع بعد الانتهاء من صنعه متعيناً بنوعه فقط ، ومن ثم يجب إفرازه بعد ذلك لتعيينه بذلك ، فنتنقل ملكيته من وقت الإفراز ( يبدان ١١ فقرة ١٦٧ - ديموج ٦ فقرة ٦٥ - كرولان وكايجان ١ فقرة ١٩٧٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٦٥ - الأستاذ عبد المنعم البدرائى فقرة ١٧٥ ) . وفى بيع المحصولات المستنبطة إذا كان البيع جزائفاً ، تنتقل الملكية بوجود المحصول : منذ بدء وجوده وانقاده أو من وقت حصاده وجمعه بحسب قصد المتعاقدين ، وعند الشك يكون من وقت الحصاد والجمع . وإذا كان البيع بالتقدير ، لم تنتقل الملكية إلا بالإفراز كما فى سائر بيع ورجع (الأستاذ عبد المنعم البدرائى فقرة ١٧٤ )

يكون عمله تخييرياً (alternatif) ، فلا يتعين المبيع في هذه الحالة إلا عند ما يعمل صاحب الخيار خياره ، ولا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري إلا عندما يتم الاختيار . وقد رأينا عند الكلام في الالتزام التخيري أن أعمال الخيار له أثر رجعي فيستند إلى وقت البيع ، وتعتبر الملكية قد انتقلت من وقت البيع لا من وقت أعمال الخيار . أما لو كان المحل بدلًا (facultatif) ، فإن المبيع يكون معيناً بالذات من وقت البيع ويكون هو الشيء الأصلي لا البديل ، وإن كان يحق للبائع أن يرى دمه من التزامه باعطائه البديل دون الشيء الأصلي (١) .

وأما أن يكون المبيع مملوكًا للبائع فهذا أيضًا شرط طبيعي ، فالملكية لا تنتقل إلا عن مالك . وإذا لم يكن البائع مالكًا لم يستطع أن ينقل ملكية المبيع فان فاقده الشيء لا يعطيه ، كما لا تنتقل الملكية عن المالك الحقيقي فان هذا أجبي عن البيع فلا يسرى في حقه . وقد بسطنا تفصيل القول في ذلك عند الكلام في بيع ملك الغير .

بقي الشرط الثالث، وهو ألا يعلق القانون أو الاتفاق انتقال الملكية على القيام بعمل معين . أما القانون فيعلق نقل الملكية في العقار على التسجيل ، وفي المنقول غير المعين بالذات على الإفراز ، كما رأينا . وكل من التسجيل والإفراز يدخل في الأعمال التمهيدية التي يلتزم بها البائع حتى تنتقل الملكية إلى المشتري ، كما سبق القول . وأما الاتفاق فقد يتم بين المتعاقدين على تأخير نقل الملكية إلى حين استيفاء شرط معين . يتفق المتبايعان مثلاً على ألا تنتقل الملكية إلا عند تسليم المبيع إلى المشتري أو إلا عند القيام بأجراءات معينة (٢) ، أو يكون البائع غير مالك للمبيع

---

== والانتاج لئلا لا تنتقل ملكيته إلى من اشتراه إلا إذا سلمه الفنان للمشتري أو وسمه تحت قصده ، لأن الفنان له وحده الحق في نشر إنتاجه متى أراضاه ( الأستاذ م. - المنم البدولي ، فقرة ١٧٦ ) .

(١) أنظر في كل ذلك بودوي ومينيا فقرة ١١ - فقرة ١٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠ - فقرة ١١ .

(٢) ولا يعتبر البيع هنا معلقاً على شرط بل هو بيع منجز ، والمعلق على الشرط هو تنفيذ البيع لا انعقاده ( لوران ٢٤ فقرة ٤ - لويرو ورو ٣٤٩ فقرة ٣٩ - هامل ٣٩ - بودوي ومينيا فقرة ١١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠ ) .

وقت البيع فينتق مع المشتري على تأخير نقل الملكية إلى أن يحصل هو عليها ، أو ينتق المتبايعان على ألا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا بعد أن يورى جميع أقساط الثمن وهذا هو البيع بالتقسيط . ونلاحظ فيما قدمناه أمرين : ( الأمر الأول ) مهما يكن شأن الاتفاق على تأخير نقل الملكية ، فإن هذا لا يمنع عقد البيع من أن يرتب في الحال التزاماً في جانب البائع بنقل الملكية ، والذي يتأخر ليس هو نشوء هذا الالتزام بل تنفيذه . ( الأمر الثاني ) أن الاتفاق على تأخير نقل الملكية ليس اتفاقاً على أجل تنتقل هذه الملكية ، بل هو اتفاق على شرط يعلق انتقال الملكية إلى حين تحققه . ذلك أن الملكية تستعصى طبيعتها على أن تقترب بأجل ، فالأجل يجعلها موقوفة والملكية حتى دائم لا يلحقه التوقيت (١) . فتأخير نقل الملكية إلى حين التسليم ولو عين للتسليم مدة محددة ، هو تعليق لنقل الملكية على شرط التسليم ، وليس تأجيلاً لنقل الملكية إلى حين انقضاء هذه المدة المحددة . وتأخير نقل الملكية إلى أن يحصل البائع عليها من المالك الحقيقي هو تعليق لنقل الملكية على شرط حصول البائع عليها ، وكذلك تأخير نقل الملكية إلى تمام وفاء أقساط الثمن هو تعليق لنقل الملكية على شرط وفاء الأقساط .

### ٢٣٧- البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن -

أما : ومن أهم الصور العملية للاتفاق على تأخير نقل الملكية اتفاق المتبايعين على أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على الوفاء بجميع أقساط الثمن . وهذا هو البيع بالتقسيط أو الإيجار السائر للبيع لأن المتبايعين كثيراً ما يسميان

---

(١) وقد درج الفقه في مصر وفي فرنسا على التحدث عن اقتران الملكية بأجل . وفي رأينا أن هذه نظرة فقهية عبر سلبية . فالملكية كما قلنا حتى دائم تستعصى طبيعتها على التوقيت ، والأجل توقيت فلا يجوز أن تقترب به الملكية . وإذا اتفق البائع مع المشتري مثلاً على ألا تنتقل إليه ملكية الدار المجرة إلا بعد مدة ينتفع فيها البائع بسكنى الدار ، وجب تفسير قصد المتبايعين بأن البائع اشترط الاحتفاظ بحق الاستماع بالدار مدة السنة ، أما الرقبة فنتقل إلى المشتري دون انتظار انقضاء السنة . وهذا التفسير ينطبق بجميع الأعراس التي قصد إليها المتبايعان ، فقد احتفظ البائع بحقه في سكنى الدار سنة ، وانتقلت الملكية في الرقبة دون المنفعة إلى المشتري قبل انقضاء السنة . وإذا قلنا بغير ذلك ، وقررنا أن البائع يحتفظ بالملكية كاملة ، انقضاء ورقبة ، مدة السنة ، فهل يزيد حقه بذلك شيئاً ؟ الواقع أنه يكون في نفس الوضع الذي احتفظ فيه لنفسه بحق الانتفاع فقط ، فهذا الحق وحده هو الذي يستلزم أن يستثله وأن يتصرف فيه أما ملكية الرقبة لمدة سنة فلا يفهم شيئاً ، ولا تجدى ملكية الرقبة إلا إذا كانت ملكية دائمة



البيع في هذه الحالة إجباراً . وقد وردت المادة ٤٣٠ مدني ، كما رأينا ، في صدد هذا البيع إذ تقول : ١ - إذا كان البيع مؤجلاً ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع . ٢ - فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً ، جاز للمتعاقد أن يتفق على أن يتبقى البائع جزءاً منه تعويضاً عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفف التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ . ٣ - فإذا وفيت الأقساط جميعاً ، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع . ٤ - وتسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إجباراً .

ونقتصر هنا على إيراد النص ، وقد سبق تفصيل القول فيه ، فنكتفي بالإحالة على ما قدمناه في ذلك (١) .

### ٣٥ - ما الذي يتضمنه الالتزام بنقل الملكية

وما الذي يترتب على انتقالها فعلاً

٢٣٨ - ما الذي يتضمنه الالتزام بنقل الملكية : يقرر القنن المدني كقاعدة عامة أن كل التزام بنقل حق ميني - ويندرج تحت ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع - يتضمن في الوقت ذاته التزاماً بتسليم الشيء الذي تعلق به الحق الميني وبالحفاظة على هذا الشيء حتى يتم التسليم . وقد رأينا (٢) أن المادة ٢٠٦ مدني تنص في هذا الصدد على أن الالتزام بنقل حق ميني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والحفاظة عليه حتى التسليم .

وبين من ذلك أن التزام البائع بنقل ملكية المبيع يتضمن التزامين تبيين ، أحدهما التزام بتسليم المبيع إلى المشتري وهو التزام بتحقيق غاية ، والثاني التزام

(١) انظر آتياً فقرة ٩٠ - فقرة ٩١ .

(٢) انظر المجلد جز ٢ فقرة ٤٢٥ .

بالمحافظة على المبيع إلى أن يتم تسليمه للمشتري وهو التزام يئذ عناية (١) .  
والصفة التبعية التي أئبنتها للالتزام بتسليم المبيع أهمية كبيرة في تحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم . وذلك أن الالتزام بالتسليم إذا كان التزاماً تبعياً ، فإنه يكون التزاماً مكملاً للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا يخلص المبيع مادياً للمشتري إلا بتسليمه من البائع . ومن ثم إذا هلك المبيع قبل التسليم هلك على البائع ، حتى لو كانت ملكية المبيع قد انتقلت قبل التسليم إلى المشتري ، فالهلاك لا يكون على المالك كما هو الأصل ، بل يكون على المدين بالتسليم .

وقد سبق أن كتبنا في هذا الصدد في الجزء الثاني من الوسيط (٢) : « فإذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه التزام بنقل حق عيني ، فالأصل أن الهلاك يكون على المدين بالتسليم ، ولو أنه أصبح غير مالك إذ انتقلت الملكية إلى الدائن تنفيذاً للالتزام الأصلي بنقل الملكية . ويبرر هذه القاعدة أن الالتزام بالتسليم في هذه الحالة ليس في حقيقته إلا التزاماً مكملاً للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا يخلص الملكية فعلاً للدائن إلا بالتسليم . ومن ثم كان الهلاك على المدين ، وهو مدين بنقل الملكية والتسليم معاً . وقد طبق التقنين المدني الجديد هذه القاعدة في كل من البيع والقسمة » (٣) . وصنود إلى هذه المسألة عند الكلام في تحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم (٤) .

---

(١) ويترتب على أن الالتزام بالتسليم التزام بتحقيق غاية أنه إذا لم يتم تسليم المبيع إلى المشتري ، ولو بغير خطأ البائع بل ولو بقرعة فاعرة ، كان البائع غللاً بالتزامه ، وينتفي على ذلك نسخ البيع أو انفسائه وتحمل البائع تبعة هلاك المبيع قبل التسليم كما سئى . ويمكن الوصول إلى هذه النتيجة من طريق آخر ، هو القول بتبعية الالتزام بتسليم المبيع على الوجه الذي سئذكره . ويترتب على أن الالتزام بالمحافظة على البيع التزام يئذ عناية أن البائع يتحمل قد قام بالتزامه إذا هو بئذ عناية الرجل للمتاد في المحافظة على المبيع قبل تسليمه ، ولا يكون مستولاً من هلاك المبيع هلاكاً كلياً أو جزئياً إلا بموجب التزامه بالتسليم على النحو الذى بيناه . (٢) نضرة ٤٣١ .

(٣) وهذه هي أيضاً القاعدة في الفقه الإسلامى ، فالمبيع يملك قبل التسليم على البائع ، ولو أن الملكية انتقلت إلى المشتري .

(٤) وسئرى هناك أثر الإيجاز في تحمل تبعة الهلاك (م ٢٠٧ مدف- الوسيط ٢ نضرة ٤٣٢) . وانظر في تقنين الموجبات والقرود البئاق المواد ٣٩٦ - ٤٠٠ ، وهو كالتقنين المدف للقرضى بحل المشتري باعتباره مالبكاً تبعة هلاك المبيع قبل التسليم .

### ٢٣٩- ما الميزى يترتب على انتقال الملكية فعمل المشتري: فإذا توافرت

الشروط الواجبة لانتقال ملكية المبيع إلى المشتري، وهى الشروط السالفة الذكر، فأصبح المشتري مالكا للمبيع، ترتب على ذلك النتائج الآتية:

أولا - يكون للمشتري حق التصرف فى المبيع باعتباره مالكا له، ولو قبل أن يسلمه من البائع. ويسمى فى ذلك المقار والمقول (١). أما المتقول فظاهر، فهو عين معينة بالذات انتقلت ملكيتها إلى المشتري، فلهذا أن يصرف فى ملكه ولو قبل قبضه من البائع. وأما المقار فالمشتري لا يصبح مالكا له إلا إذا سجل عقد البيع، فإذا سجل العقد أصبح مالكا ولو قبل القبض، واستطاع أن يصرف فى المبيع وهو لا يزال فى يد البائع (٢).

ثانياً - يكون للمشتري ثمر المبيع وغاؤه باعتباره مالكا له، وعليه تكاليفه من نفقات حفظ وصيانة وضرائب وغير ذلك من الأعباء. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٨٨ مدن صراحة على ذلك، إذ تقول: «والمشتري ثمر المبيع

(١) وقد رابنا أن المشتري فى أكثر ما مضى كلفه الإلزام ليس له أن يصرف فى المبيع قبل نفسه، وإنما من أنه أصبح مالكا له (أنظر أيضاً فقرة ٢٢١). وقد طارق الفقيهون المذهب العراقى لمذهب الإلزام فى ذلك، فصوتت المادة ٥٢٢ من هذا القانون على أن «المشتري أن يصرف فى المبيع، عقاراً كان أو متقولاً، بمجرد انتقال الملكية إليه ولو قبل القبض». وهذا هو الحكم أيضاً فى تدبير المؤسسات والبنوك المالية، إذ تنص المادة ٢٩٥ من هذا القانون على أنه «يجوز للمشتري منه إتمام العقد، حتى قبل التسليم، أن يصرف من المبيع، ما لم يكن ثمة اتفاق أو نص قانونى يخالف». وبموجب البائع أن يصرف من حقه فى الميز قبل نفسه. وكذلك هذا هو الحكم فى كل من القوانين المدنى السودانى والقانون المدنى اليابانى، طبقاً للقواعد العامة فى هذين القانونين وهى من القواعد العامة فى القانون المدنى المصرى.

(٢) وهذا الحكم صحيح حتى لو لم يسجل عقد البيع وكان المبيع لا يزال فى يد البائع، فإن المشتري يستطيع حتى هذه الحالة أن يصرف فى العقار، وقد تسجل البيع الأول يصبح مالكا، فيكون التصرف الذى صدر منه قد صدر من مالك، إما بفعل الأثر الرجعى لتسجيل على الرأى الذى يقول به، وإما باعتبار أن المشتري وقت أن باع كان لا يملك ثم ملك بالتسجيل فينتقل البيع صحيحاً طبقاً لقواعد بيع ملك الغير السالف ذكره.

وقد نصت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كانت حدود الأرض المبيعة فى عقد بيع تخالف الواقع، فالقضى انتقلت ملكية البائع هو ما يطلق مع التجهيد القواعد فى عقد البيع لا التجهيد الواقعى (استئناف مخطط أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ٢٦٠).

ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره (١) .

ثالثاً - إذا أفلس البائع بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع ، جاز للمشتري أن يأخذ عين المبيع باعتباره قد أصبح ملكاً له ، ولا يزاحمه في ذلك دائنو البائع (٢) .

رابعاً - تنتقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري ، لا في حق المتابعين وحدهما ، بل أيضاً في حق الورثة والدائنين . فوارث البائع لا يرث المبيع ، ولا يستطيع دائن البائع أن ينفذ على المبيع . وعلى العكس من ذلك يرث المبيع وارث المشتري ، ويستطيع دائن المشتري أن ينفذ على المبيع .

خامساً - كان من المقبول أن يكون هلاك المبيع قبل التسليم على المشتري باعتباره مالاً ، وهذا هو بالفعل حكم التقنين المدني الفرنسي ( م ١١٣٨ وم ١٦٢٤ ) وحكم تقنين الموجبات والفقود اللبناني ( م ٣٩٦ ) ، لولا أن التقنين المدني المصري - ومعه التقنين السوري والتقنين الليبي والتقنين العراقي - راعى أن الالتزام بالتسليم التزام نبيي كما قلنا ، فإذا هلك المبيع بسبب أجنبي قبل التسليم انفسخ البيع ، فتحمل البائع تبعه الهلاك كما سيأتي .

(١) وهذا هو أيضاً ما تنص به المادة ٥٧٢/٢ من التقنين المدني العراقي إذ تقول :  
« والزيادة الحاصلة في المبيع بعد القيد وقبل القبض ، كالثمرة والنتاج ، تكون حقاً للمشتري ، وعليه تكاليف المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » . وتنص بملك أيضاً المادة ٣٩٦ من تقنين الموجبات والفقود اللبناني ، فتخص على أنه « يجب على المشتري عند ضرورة القيد تماماً - ما لم يكن ثمة نص مخالف - أن يتحمل : أولاً - الضرائب والتكاليف وسائر الأعباء المترتبة على المبيع . ثانياً - نفقات حفظ المبيع ومصاريف تحصيلها . ثالثاً - مخاطر العين المبيعة » . ثم تنص المادة ٤١٧ من نفس التقنين على أن « جميع منتجات المبيع وجميع زياداته المدنية والطبيعية تصبح ملكاً للمشتري من تاريخ إتمام البيع . ويجب أن تسلم إليه مع المبيع ، ما لم يكن هناك نص مخالف » . أنظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٤٢٦/٢ من التقنين المدني السوري والمادة ٤٤٧/٢ من التقنين المدني الليبي .

ونظر في تلك المشتري ثمار المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع وتحمله تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ما لم يعلل بقررة ٣٩٢ - بقررة ٣٩٣ .

(٢) وقد نص التقنين المدني العراقي صراحة على هذا الحكم في المادة ٥٣٣ ، وهي تقول :  
« إذا قبض البائع الثمن ثم أفلس قبل تسليم المبيع إلى المشتري ، أعاد المشتري للمبيع من البائع أو من ورثته دون أن يزاحمه سائر الدائنين » .

## المطلب الثاني

### نقل الملكية في المنقول

٢٤٠ - التمييز بين الشيء المعين بذاته والشيء المعين بنوعه : حتى تبين كيف تنتقل الملكية إلى المشتري في المنقول ، يجب التمييز بين الشيء المعين بذاته والشيء المعين بنوعه ، فقد رأينا أن الملكية في الحالة الأولى تنتقل فوراً بمجرد تمام العقد ، ولا تنتقل في الحالة الثانية إلا بالإفراز .

وقبل أن نتناول في شيء من التفصيل كلا من الحالتين ، نلاحظ أن هذا التمييز يسرى أيضاً على العقار ، فهناك عقار لا يعين إلا بنوعه كما إذا بيع ألف متر تفرز من أرض مساحتها أكبر من ذلك ، قسرى في هذه الحالة الأحكام التي سنذكرها في المنقول ، ولا يعين المبيع ، ومن ثم لا يمكن تسجيل البيع لنقل الملكية ، إلا بعد إفراز ألف متر بالذات وهي المساحة المبيعة (١) . ولكن لما كانت هذه الحالة نادرة ، وبذلك كثيراً أن يكون الشيء المعين بنوعه لا بالذات منقولاً لا عقاراً ، كما يفل كبراً أن يكون العقار شيئاً معيناً بالذات ، فقد عرضنا لتمييز بين الشيء المعين بالذات والشيء المعين بنوعه في صدد المنقول .

### ١٩ - الشيء المعين بذاته

٢٤١ - انتقال الملكية فوراً بمجرد تمام العقد : فإذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات ، وتوافرت الشروط الواجبة قانوناً التي أسلفنا ذكرها ، فإن الملكية تنتقل إلى المشتري فوراً بمجرد تمام العقد . وعقد البيع ذاته هو الذي ينقل الملكية ، بعد أن ينشئ التزاماً ينقلها يتم تنفيذه فوراً بمجرد نشوئه على الوجه الذي قدمناه . وقد رأينا أن التقنين المدني المصري قرر هذه القاعدة في المادة ٢٠٤ مدني ، وأكدها في المادة ٩٣٢ مدني (٢) .

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٢ ص ٢٧ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٤ .

وتنتقل الملكية فوراً بمجرد تمام العقد في المنقول ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير .

٢٤٢ - انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين : تنتقل الملكية بمجرد تمام العقد أولاً فيما بين المتعاقدين . فلو أن شخصاً باع سيارة معينة بالذات مملوكة له من شخص آخر ، فإن ملكية السيارة تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد تمام عقد البيع (١) . ويترتب على ذلك أن المشتري ، وقد أصبح مالكا للسيارة ، يستطيع أن يتصرف فيها حتى قبل أن يتسلمها من البائع . فإذا باعها لمشتري ثان انتقلت ملكيتها من المشتري الأول إلى المشتري الثاني بمجرد تمام البيع الثاني ، ولو كانت السيارة لا تزال باقية في يد البائع الأول . ولا يعتبر المشتري الثاني « غيراً » ، فسرى أن الغير هو شخص تلقى حقاً عينياً من البائع الأول على نفس المبيع ، والمشتري الثاني إنما تلقى حق الملكية من المشتري الأول لا من البائع الأول .

٢٤٣ - انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير : وتنتقل ملكية المنقول بمجرد تمام العقد أيضاً بالنسبة إلى الغير . فلو أن البائع الأول للسيارة في انتقال المتقدم باع انسيارة مرة أخرى لمشتري آخر فإنه يكون قد باع ما لا يملك إذ أن الملكية قد انتقلت منه إلى المشتري الأول بالبيع الأول ، لا فيما بينهما فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى المشتري الآخر الذي تصرف له بالبيع مرة أخرى وهذا هو الغير .

فلو بقيت السيارة في يد البائع الأول ، فإن الذي يستردها منه هو المشتري الأول لأنه هو المالك ، ويرجع المشتري الآخر بتعويض على البائع الأول إذ أن هذا قد باع ما لا يملك كما سبق القول ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في بيع ملك الغير .

وإذا سلم البائع الأول السيارة للمشتري الأول ، فإنه يكون قد سلمها إلى

مالكها ، وليس للمشتري الآخر أن يرجع بشيء على المشتري الأول ، وإنما يكون رجوعه على البائع الأول كما قلنا .

ولكن إذا سلم البائع الأول السيارة للمشتري الآخر ، وكان هذا المشتري الآخر حسن النية لا يعلم أن السيارة يبعث قبل ذلك للمشتري الأول (١) ، فانه يملك السيارة . ولكنه لا يملكها بمقد البيع الصادر له من البائع الأول ، فقد قلنا أن البائع الأول وقت أن باع السيارة للمشتري الآخر لم يكن مالكا لها ، وبيع ملك الغير لا ينقل الملكية يذاته . ولكن المشتري الآخر يملك السيارة بسبب غير البيع ، وهذا السبب هو الحيازة بحسن نية . وتنقل إليه الملكية لأن البائع الأول فهو غير مالك ، ولكن من المشتري الأول الذي أصبح مالكا بالبيع الأول كما أسلفنا (٢) . وملك المشتري الآخر حسن النية السيارة بالحيازة ، حتى لو كان المشتري الأول قد باع قبل ذلك السيارة إلى مشتري ثان في المثل الذي قلناه ، وإنما تنتقل الملكية في هذه الحالة إلى المشتري الآخر الحائر بحسن نية لأن المشتري الأول بل من المشتري الثاني الذي أصبح مالكا بالبيع الصادر له من المشتري الأول .

#### ٤٤٤ - انتقال الملكية في البيع الجزاء : أمثلة : وقد رأينا أن المادة

٤٢٩ مدني تنص على أنه : إذا كان البيع جزاءً ، انتقلت الملكية إلى المشتري على النحو الذي تنقل به في الشيء المعين بالذات ، ويكون البيع جزاءً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع . وصيق أن حددنا متى يكون البيع جزاءً ، وبيننا أن المبيع إذا كان مما يوزن أو يكال أو يقاس أو يعد ، ولكنه لا يحتاج في تعيينه إلى تقدير بل هو معين بالذات ، ولو كان تحديد الثمن موقوفاً

---

(١) أما إذا كان المشتري الآخر سيئ النية ، فإنه لا يملك السيارة بالحيازة . وثيق السيارة ملكة للمشتري الأول ، وله أن يستردها من المشتري الآخر بدعى الملكية ، ويرجع المشتري الآخر على البائع الأول كما قلنا .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤١٧ ص ١٧٧ - وأبطل المذكرة الإيضاحية للشرح التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ١٤ - ص ١٥ ، وفي الوسيط جزء ٢ ص ٧٧١ أمش ورقم ١ .

على تقديره ، فإن البيع يكون في هذه الحالة جزاءً (١) . وذكرنا أن بيع  
الجزأ ، من حيث انتقال الملكية ، حكمه هو حكم بيع الشيء المعين بالذات ،  
فتنتقل الملكية فيه بمجرد تمام العقد فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير (٢) .  
ونكتفي هنا بالإحالة إلى ما قدمناه في ذلك .

## ٢٥ - الشيء معين بنوعه

٢٤٥ - انتقال الملكية بالإفراز : وإذا كان المنقول شيئاً غير معين  
بالذات بل معيناً بنوعه (٣) ، وكان البيع بالتقدير (٤) ، لم تنتقل الملكية بمجرد  
تمام عقد البيع على خلاف ما رأيناه في الشيء المعين بالذات ، وإنما تنتقل  
بإفراز المبيع وجعله بالإفراز معيناً بالذات ولو قبل التسليم . ذلك أن الشيء قبل  
إفرازه غير معروف بالذات ، فهناك إذن استحالة طبيعية في أن تنتقل ملكيته إلى  
المشتري قبل الإفراز (٥) .

وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢٠٥ مدني إذ تقول : ١ - إذ ورد  
الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز  
هذا الشيء . ٢ - فإذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل  
على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه  
في حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال  
في الحاليتين بمقتضى التمييز (٦) . ثم أكدته المادة ٥٣٣ مدني إذ تقول :  
« المنقول الذي لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقاً للمادة ٢٠٥ » .

(١) أنظر آتياً فقرة ١١٩ .

(٢) أنظر آتياً فقرة ١٢٠ .

(٣) أنظر آتياً فقرة ١١٧ .

(٤) أنظر آتياً فقرة ١١٨ .

(٥) أنظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٠ .

(٦) أنظر في هذا النص الوسيط جزء ٢ فقرة ٤١٩ .



#### ٢٤٦ - كيف تنتقل الملكية بالإفراز - املأه : وقد قدمنا في هذا

الجزء من الوسيط (١) ، وفي الجزء الثاني منه (٢) ، كيف يكون الإفراز ، وكيف تنتقل الملكية به ولو قبل التسليم ، وإن كان المألوف في التعامل أن يتم الإفراز وقت التسليم ، واستمرضنا حالة ما إذا كان الشيء غير المعين إلا بنوعه نقوداً (٣) أو غير نقود (٤) . وبيننا أن البيع يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، حتى قبل التسليم وحتى قبل الإفراز (٥) . وذكرنا كذلك ألا فرق في تحمل تبعه الهلاك أن يهلك الشيء قبل الإفراز أو بعده (٦) . فنكتفي هنا بالإحالة إلى ما قدمناه هناك .

#### ٢٤٧ - الحكم فيما إذا امتنع البائع عن الإفراز - املأه :

وإذا لم يقيم البائع بتنفيذ التزامه من إفراز المبيع ، جاز للمشتري أن يجعل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، فيقوم بشرائه بنفسه ويرجع بالنقود والمصروفات على البائع ، بل ويرجع أيضاً بالتعويض عما قد يكون أصابه من خسارة بسبب تأخر البائع في تنفيذ التزامه . والأصل أن يستأذن المشتري القاضي في ذلك ، فإذا كانت الظروف لا تحمل الإبطاء كان له دون استئذان ، ولكن بعد إعداد البائع ، أن يقوم بالشراء . وقد سبق أن بسطنا القول في ذلك في الجزء الثاني من الوسيط (٧) ، فنكتفي هنا بالإحالة إلى ما قدمناه في ذلك .

#### ٢٤٨ - نقل الملكية في الأشياء المصدرة إلى المشتري : تنص

المادة ٩٤ من القانون التجاري على أن « البضائع التي تخرج من مخزن البائع

(١) أنظر آنفاًقرة ١٢٠ .

(٢) الوسيط جزء ٢ ققرة ٤٢١ - ققرة ٤٢٢ .

(٣) الوسيط جزء ٢ ققرة ٤٢١ .

(٤) الوسيط جزء ٢ ققرة ٤٢٢ .

(٥) أنظر آنفاً ققرة ١٢٤ .

(٦) أنظر آنفاً ققرة ١٢١ .

(٧) الوسيط جزء ٢ ققرة ٤٢٣ .

أو المرسل يكون خطرها في الطريق على من يملكها ، ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك . وانتقال الملكية هنا يكون بالإفراز طبقاً للقاعدة التي أسلفناها . ولكن الإفراز فيما نحن بصدده يتخذ صورة خاصة هي التسليم (١) ، فالمتفق المتبايعان على شيء آخر ، فإن المفروض أنهما اتفقا على أن يتم انتقال الملكية وقت التسليم . وقبل التسليم تبقى الملكية للبائع ، وهو الذي يتحمل تبعه الهلاك ، وبالتسليم تنتقل الملكية إلى المشتري وتنتقل معها تبعه الهلاك . وترى من ذلك أن البائع لا يزال يتحمل تبعه الهلاك قبل التسليم وفقاً للقاعدة العامة ، ولكنه قبل التسليم يبقى أيضاً مالئاً للمبيع إذ الملكية لا تنتقل إلا بالتسليم ، ومن ثم لم تتعارض القاعدة التي تقضى بأن الهلاك على البائع قبل التسليم مع القاعدة التي تقضى بأن الهلاك على المالك ولو قبل التسليم ، لأن البائع هنا هو المالك .

ويبقى بعد كل ذلك أن نعرف متى يتم تسليم البضائع ، لنعرف متى تنتقل الملكية إلى المشتري فننتقل إليه تبعه الهلاك (٢) . ولا تخرج الحال عن أحد أمرين : (١) فاما أن يتم التسليم عند الشحن أى في محطة التصدير ، فإذا تم الشحن انتقلت الملكية إلى المشتري ، وكانت تبعه هلاك البضائع في الطريق عليه . (٢) وأما أن يتم التسليم عند التفريغ أى في محطة التوريد ، فلا تنتقل الملكية إلى المشتري بالشحن بل تترسخ إلى حين وصول البضائع ، وتكون تبعه هلاك البضائع في الطريق على البائع الذي يبقى مالئاً لها إلى حين وصولها إلى محطة التوريد .

يلزم أن يتفق المتماقدان على أحد الأمرين . فاما أن يتفقا على أن يتم

---

(١) فِيم الإفراز عند التسليم .

(٢) وكذلك إذا أقر البائع والبائع في الطريق ، جاز للمشتري أخذها إذا كانت الملكية انتقلت إليه عند الشحن ، ولا يجوز له ذلك إذا كانت ملكية البضائع في الطريق لا تزال للبائع ( الأستاذان أحمد نجيب الخلال وحامد زكي فقرة ٢٤٦ - ص ٢٤٠ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١١٥ ص ٢١٦ - ص ٢١٧ ) .

وقفت محكمة النقض بأن القاعدة التي تقضى بأن الهلاك على المالك إنما تقوم إذا حصل الهلاك بقوة فاعرة ، أما إذا نسب إلى البائع تقصير فإنه يكون مسئولاً عن نتيجة تقصيره ( نقض على ٢٧ يونيو سنة ١٩٥٦ بمجموعة أ في أم النقض ٧ و ١٠٨٨ ص ٧٦٧ ) .

التسليم عند الشحن (١) ، وهو ما يقع عادة في النقل البرى عند اشتراط التسليم في محطة الشحن (franco gare départ) وفي النقل البحرى عند اشتراط تسليم السفينة (vente fob, franco bord) . وفي هذه الحالة تنتقل ملكية البضائع وثيقة الهلاك إلى المشتري بمجرد الشحن كما قلنا ، وتكون مصروفات النقل عليه ، ومن ثم يلتزم البائع بشحن البضائع على السفينة التي يبيعها له المشتري ، ويتكفل المشتري بدفع مصروفات النقل والتأمين الناوولون . وقد يوكل المشتري البائع في اختيار السفينة وفي التأمين عليها اقتصاداً لأجر الوسيط ، فيضمن البائع المصروفات والتأمين والناوولون : (cost - assurance - frêt - Caf - cost - insurance - freight : Cif.) ولا يعتبر تسليم البضائع

- (١) استئناف غنط ١٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٤٥ - ٢٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٧ .
- (٢) أنظر في القضاء المخطئ في البيع (Cif) وفي أن مسئولية خطر الطريق على المشتري لا على البائع : استئناف غنط ٢ ديسمبر ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧١ - ١٤ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٢٧٦ - ٢٠ مايو سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٤٤٢ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ١٧٨ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٢٠ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٢٨ - ٢٧ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٤٨ - ٨ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٦ - ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٥ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢١ - ١٢ يوليو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠٩ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٨ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٩ - ٦ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦ - ٣ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٩ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢١ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢٩ - ٥ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٤٢ - ٨ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٦٩ - ٢٢ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٠ - ١٩ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٢٤ - ٣١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٧٨ - ٣ يوليو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٦ ص ٧٨ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٤ - ٣٠ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٩ - ١٣ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٥٤ - ٥ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٧ - ٢٢ يوليو سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٣ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٣ .
- وقضت محكمة استئناف مصر بأن البيع **Cif** مناه وفاق البائع ثمن البضاعة وأجرة التأمين وناوولون الشحن وتحميل المشتري مسئولية التميز أو التلف الحاصل للبضاعة بعد الشحن (استئناف مصر ١٤ يونيو سنة ١٩٢٧ الحامدة ٨ رقم ١/١٢٩ ص ١٧٣) .

قد تم إلا إذا أرسل البائع للمشتري البيانات الدالة على ذلك (١) . وإما أن يتفق المتعاقدان على أن يتم التسليم عند التفريغ ، وفى هذه الحالة تبقى البضائع ملكا للبائع ، وعليه تبعة الهلاك أثناء الطريق ، وعليه مصروفات النقل ، ولا تنتقل الملكية إلى المشتري وتنتقل معها تبعة الهلاك إلا إذا وصلت البضاعة سليمة إلى محطة التوريد .

فاذا لم يتفق المتعاقدان متى يتم التسليم ، ويجب فى المسائل المدنية تطبيق المادة ٤٣٦ مدنى وتنص على أن التسليم يكون عند التفريغ فى محطة التوريد ، إذ تقول : « إذا وجب تصدير المبيع للمشتري ، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » (٢) . أما فى المسائل التجارية ، فيراعى مع هذا النص عرف التجارة (٣) .

وهذا كله إذا كان المبيع بضائع ، أى متقولاً غير معين إلا بنوعه . أما إذا كان المبيع متقولاً معيناً بالذات ، انتقلت ملكيته من وقت العقد ، ولكن التسليم لا يتم إلا فى مكان التفريغ ، فتكون تبعة الهلاك قبل التسليم على البائع إلا على المالك ( المشتري ) ، لأننا نكون قد خرجنا عن نطاق التعامل التجارى إلى نطاق التعامل المدنى (٤) .

= وانظر فى البيع (Fob) أى باشرط تسليم السفينة :: استئناف مخطوط ١٢ مايوسنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٨٩ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ١٩ - ٥٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٤٨ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٥ ص ٥١ - ٨ يونيو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٩ . (١) والبيانات هى فى النقل البحرى اسم السفينة والعلامات أو الأرقام التى تحملها البضائع . وفى النقل البرى إذا كان التسليم فى محطة الشحن ، قد يلتزم البائع بحجز العربات اللازمة لشحن البضاعة (franco sur wagon) .  
أنظر فى كل ذلك بيدان ١١ ققرة ١٦٥ .

(٢) وكان التقنين المدنى السابق ينص فى المادة ٧٠/٢٣ على أن الوفاء يكون فى موطن المصنع أى أن التسليم يتم فى محطة الشحن لافى محطة التفريغ (استئناف مخطوط ١٨ مايوسنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٤٤ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٧ - الأستاذان أحمد نجيب الحلالى وحامد زك ققرة ٢٤٦ ص ٢٤١ ) . فيسرى حكم التقنين السابق على كل العقود التى تمت قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(٣) الأستاذان أنور سلطان ققرة ١٦١ ص ١٨١ هامش رقم ١ - الأستاذان عماد على إمام ققرة ١١٠ .

(٤) أنظر ما يلى ققرة ٣١١ .

### المطلب الثالث

#### نقل الملكية في العقار

٢٤٩ - لا تنتقل الملكية أو بالتسجيل : أما إذا كان المبيع عقارا ، فان الملكية ، سواء في حق الغير أو فيما بين المتعاقدين ، لا تنتقل إلا بتسجيل عقد البيع . وقد أشارت إلى هذا الحكم صراحة المادة ٢٠٤ مدني عندما نصت ، كما رأينا ، على أن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات بملكه الملتزم ، وذلك دون إنحلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . ثم أكدت المادة ٩٣٢ مدني هذا المعنى ، فقد رأيناها تقول : « تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد ، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٤٠٢ ، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية » . ونجد بين النصوص التي تشير إليها المادة ٩٣٢ مدني النص الخاص بالعقار ، وهو نص المادة ٩٣٤ مدني ويجرى على الوجه الآتي : « ١ - في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري . ٢ - ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها سواء أكانت ناقله للملكية أم غير ناقله ، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر » .

وإذا كان نظام الشهر العقاري لا تقتصر منطقتة على عقد البيع ، إذ هو يمتد إلى جميع العقود الناقلة للملكية ، بل وإلى العقود غير الناقلة للملكية ، بل وإلى الأحكام والسندات كما رأينا في النص ، فان عقد البيع مع ذلك هو أهم العقود التي يجرى عليها التسجيل وأوسعها انتشارا ، فيحسن الإلمام بنظام الشهر العقاري في مناسبة الكلام في تسجيل عقد البيع ، وقد جرى الفقه المصري على هذه السنة .

فتستعرض أولا تطور نظام الشهر العقاري في مصر حتى قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، وذلك في كثير من الإيجاز وموضع التفصيل فيه

يكون عند انكلام في أسباب كسب الحقوق العينية ، ثم نعرض لتطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة .

## § ١ - تطور نظام الشهر العقارى في مصر

٢٥٠- نظام الشهر بوجه عام : الحق العيني بطبيعته نافذ في حق الكافة ، فكان الواجب شهره أى إيجاد طريقة يتيسر لدى المصلحة من المتعاملين العلم بوجوده مادام هذا الحق نافذاً في حقه ، حتى يعتد به ويدخله في حسابه عند التعامل . فإذا اشترى عينا ، سهل عليه قبل أن يقدم على شرائها أن يعرف الحقوق العينية المتعلقة بهذه العين والتي هي نافذة في حقه ، فلو كانت العين مرهونة مثلاً استنزل مقدار الدين المضمون بالرهن من الثمن ، أو كانت مملوكة لشخص آخر غير البائع لم يقدم على الشراء أصلاً .

وشهر الحقوق العينية يكون باثبات التصرفات القانونية التي هي مصدرها في سجلات يمكن للناس كافة الاطلاع على ما جاء فيها من البيانات وأخذ شهادات بها . ويكون إثبات هذه التصرفات إما بطريقة التسجيل (transcription) ، وهي إثبات حرق للمحركات المشتملة على التصرفات حتى يتيسر لدى المصلحة معرفة جميع ما ورد في التصرف ، وهذه الطريقة ضرورية في الحقوق العينية الكاملة . وإما بطريقة التقييد (inscription) ، وتقتصر على إثبات البيانات الجوهرية الواردة في التصرف ، وهي البيانات التي يهمها المصلحة العلم بها . وهذه الطريقة كافية في الحقوق العينية التابعة أى التأمينات العينية ، وهي الرهون وحقوق الاختصاص وحقوق الامتياز ، فيكنى إثبات مبلغ الدين والعقار المثل بالتأمين واسمى الدائن والمدين وما إلى ذلك من البيانات الجوهرية .

ويخلص مما قدمناه أن نظام الشهر لا يتبع إلا التصرفات القانونية الواقعة على عقار . لا يتبع نظام الشهر الوقائع المادية ، لأن هذه الوقائع لا تثبت عادة في محركات حتى يمكن شهرها ، هذا إلى أن أكثر الوقائع المادية لها علامات ظاهرة محسوسة تراها الناس فتعلم بها . ومع ذلك فهناك واقعة مادية هي لوث وما يرتبه من حق الإرث يمكن أن تخضع لنظام الشهر - وقد أعضمت فعلاً لهذا

النظام في قرون تنظيم الشهر العقاري لسنة ١٩٤٦ - لأهميتها وللمهولة لإبائها في محرر يكون صالحاً للشهر . ولا يتسع نظام الشهر للتصرفات الواقعة على منقول ، فالمنقول ليس له حيز ثابت مستقر كالعقار ، فلا يمكن تركيز الشهر في مكان معين . ومع ذلك فن المنقولات ما يجرى فيه نظام الشهر لاستقرار مكانه أو لإمكان تركيز شهره في مكان معين ، وذلك كالتاجر والسفن . وتقوم الحيازة في المنقول مقام الشهر في حماية الغير حسن النية . على أن هناك حقوق شخصية تشبه الحقوق العينية من حيث صلاحيتها للشهر ، أهمها الحقوق الناشئة من عقد الإيجار الواقع على عقار ، ففقود الإيجار والمخالفات بلاأجرة وحالتها إذا زادت على مدة معينة تكون هي أيضاً خاضعة لنظام الشهر .

وفي الحدود التي تكون الحقوق فيها صالحة لنظام الشهر يبدو هذا النظام ضرورياً للتعامل في المقارات وللاتيان العقاري . فن يريد التعامل في عقار يعني بطبيعة الحال أن يعرف ما ينقل هذا العقار من الحقوق حتى يكون على بصيرة من أمره ، فلا يقدم على التعامل إلا وهو عارف بحالته . ومن يقدم على إقراض الغير في مقابل رهن يأخذه على عقاره يعني أن يعرف إن كان هذا العقار مملوكاً فعلاً للمدين حتى يكون حق رهنه مأموناً ، ويعنيه أيضاً أن يعرف هل ثقل العقار قبل ذلك بحقوق عينية تسبق حقه حتى يعرف مرتبته بين الدائنين المقيدين .

لذلك لم يحل بلد متحضر من نظام الشهر ، بل إن نظم الشهر قديمة إلى حد أن المؤرخين يرجعونها إلى عهد الحضارة المصرية القديمة . وهناك نوعان لنظام الشهر : نوع متأخر وهو نظام الشهر الشخصي ، ونوع متقدم وهو نظام الشهر المبنى أو السجل العقاري (Livre Foncier) . ذلك أن نظام الشهر ، حتى يكون نظاماً صليداً ، يجب أن يكون محكماً في تربيته وفي حججه . أما في تربيته ، فينبغي أن يكون من شأن الترتيب الذي يضعه لتسجيل التصرفات وقيدها أن ييسر للنوى الشأن معرفة ماتهمهم معرفته من هذه التصرفات . وأما في حججه ، فينبغي أن يكون لشهر التصرفات حججة قاطعة بحيث لا يشهر تصرف إلا بعد التحرى من صحته فإذا ما شهر كانت صحته مقطوعاً بها ، فيكون للشهر هذه الحججة المطلقة .

ونظام الشهر الشخصي معيب من هاتين الناحيتين . فهو معيب من ناحية

الترتيب ، إذ التسجيل فيه أو التقييد يكون وفقاً لأسماء الأشخاص ، ومن هنا كان نظاماً شخصياً . فصاحب المصلحة لا يعرف من سجلاته إلا الشخص الذي تصرف في العقار ، ولا يفيد هذا حتماً كل ما وقع على عقار معين من تصرفات . فقد يتصرف شخص في عقار غير مملوك له فيسجل التصرف باسمه ، ثم يتصرف المالك الحقيقي في العقار فيسجل التصرف باسم هذا المالك ، ويكون التصرفان متفرعين في موضعين متباعدين تحت اسمين مختلفين . ومن ثم كان من الممكن أن يتعامل الشخص مع المشتري من المالك ، إذ يجد التصرف الصادر للمشتري من المالك مسجلاً تحت اسم المالك ، فيكون التعامل سليماً . كما أنه من الممكن أن يتعامل مع المشتري من غير المالك دون أن يعلم ، إذ يجد التصرف الصادر للمشتري من غير المالك مسجلاً تحت اسم هذا الأخير ، فكون التعامل معيماً . ولهذا لا يحقق نظام الشهر الشخصي الفرض الذي وضع من أجله . ثم إن هذا النظام معيب من ناحية الحجية ، فإن التصرفات التي تشهر في هذا النظام لا يتحرى عادة عن صحتها ، بل تشهر كما هي ، فإن كانت صحيحة بقيت صحيحة ، وإن كانت معيبة لسبب من أسباب البطلان أو كانت مزورة بقيت على حالتها معيبة أو مزورة . فالشهر في هذا النظام لا يطل عقداً صحيحاً ، ولا يصحح عقداً باطلاً . بل هو طريق الملائمة لمعرفة التصرف كما هو ، صحيحاً كان أو باطلاً ، سليماً كان أو معيماً . وهذا النظام الشخصي للشهر يسود العالم اللاتيني ، فهو النظام القائم في فرنسا (١) وفي بلجيكا (٢) وفي إيطاليا (٣) وفي كثير من البلاد

(١) كان الحثين المدني الفرنسي يقرر أن الملكية في العقار تنقل بالمقد ، فيما بين المتعاقبين وبالنسبة إلى الغير ، إلا إذا انتقلت بمقد تبرع كالمية فلا يحج به كل الغير إلا بالتسجيل . ثم صدر تشريع ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ يوجب تسجيل عقود الماوضة والتبرعات للاحتجاج بها كل الغير . وفي ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ صدر مرسوم بقانون ( دالورز الدوري ١٩٣٥ - ٤ - ٤١٩ ) أضاف إلى التصرفات الواجبة التسجيل التصرفات والأحكام الكاشفة . وفي ٤ يناير سنة ١٩٥٥ صدر مرسوم ، قرى أحكامه ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ ( دالورز أنيكلويدى ٥ ص ٣٨٩ وما بعدها ) ينظم التشهر في الحقوق المالية الأصلية والتجعية بصفة عامة ، وقد حل هذا التشريع محل تشريعي سنة ١٨٥٥ وسنة ١٩٣٥ .

(٢) قانون ١٦ ديسمبر سنة ١٨٥١ .

(٣) الحثين المدني الإيطالي م ٢٦٤٣ وما بعدها .



اللاتينية . وهو النظام الذى لا يزال قائماً فى مصر ، بعد أن تخفف من بعض عيوبه كما سنرى .

أما نظام الشهر العيني أو السجل العقارى (Livre Foncier, Grundbuch) فهو نظام يحكم من ناحيتين ، ناحية الترتيب وناحية الحجية . فمن ناحية الترتيب لا تشهر التصرفات وفقاً لأسماء الأشخاص ، بل وفقاً للمعار ذاته ومن هنا كان نظاماً عينياً . فلكل عقار مكان خاص فى السجل العقارى ، ويثبت فى هذا المكان كل مايقع على هذا العقار من التصرفات وما يتخله من الحقوق . فإذا أراد شخص أن يتعامل فى عقار ، أمكنه بالرجوع إلى السجل العقارى أن يعرف حالة العقار على خير مايمكن من الدقة . يعرف مالك العقار ، والتصرفات التى وقعت منه فى عقاره ، وما يتخلل هذا العقار من الحقوق والتكاليف ، فيقدم على التعامل وهو مطمئن . ثم إن نظام الشهر العيني يحكم من ناحية الحجية . فالتصرفات التى تشهر لا يتم شهرها إلا بعد التحرى عن صحتها تحرياً بالغا ، فيستغنى عن موقع العقار وحدوده ومساحته ، ثم عن أسماء من وقع منهم التصرف وعن أهليتهم ، ثم عن التصرف نفسه هل صدر من مالك ، وهل هو صحيح فيشهر أو معيب فيمتنع شهره . ويشرف على هذا كله قاض (Grundbuchrichter) ، هو الذى يأمر بعد النقص الدقيق بإجراء التسجيل . والنتيجة المترتبة على هذا التحرى أن التصرف الذى يشهر فى السجل العقارى تكون له حجية كاملة ، فينتقل الحق العيني إلى المتصرف له لا بناء على التصرف الصادر بل بناء على شهر الحق . فالشهر لا التصرف هو الذى ينقل الحق ، ومهمة التسجيل فى نظام الشهر العيني هو نقل الحق العيني لا مجرد إعلان التصرف . وقد يكون التصرف معيباً فى الحالات القليلة التى لا يكشف فيها هذا العيب بعد التحرى الدقيق الذى أسلفنا ذكره ، ومع ذلك إذا شهر هذا التصرف للمعيب انتقل الحق بالشهر لا بالتصرف كما قلنا ، وصحح الشهر عيوب التصرف . وهذه هى أهم ميزة للسجل العقارى . ويواجه هذا النظام التصرفات المعيبة التى يصححها الشهر ، وما يستتبع ذلك من الإضرار بأصحاب الحقوق الثابتة ، عن طريق توفيق أصحاب هذه الحقوق ، ويقضى هذا التوفيق مع رسوم الشهر ذاتها ، فكان فى هذه الرسوم جزءاً هو بمثابة تأمين للمتضمن بالسجل العقارى . والذى يمنع

من الأخذ بهذا النظام مع مزاياه الظاهرة هو ما يقتضيه من جهود ونفقات بالغة في مسح جميع الأراضي قبل إدخاله ، وتحقيق صحة الحقوق العينية المتعلقة بكل أرض منها ، تمهيداً لإثبات كل ذلك في السجل العقاري . وتزيد الصعوبات إذا كثرت الملكيات الصغيرة ، واشتبهت الحقوق القائمة عليها ، كما هي الحال في مصر حيث شرع في إدخال هذا النظام منذ أكثر من ثلاثين عاماً ، وبذلت جهود كبيرة ونفقات جسيمة لا تزال متواصلة حتى اليوم ، ولما يتم إدخال النظام . وإنما يسهل نسبياً إدخال نظام السجل العقاري في بلد يكره لم تنجز فيها الملكيات ولم تنفتت إلى حد أن تنتشر الملكيات الصغيرة وتكون هي الأصل الغالب . وهذا هو السبب في أن النظام طبق أولاً في استراليا حيث الظروف مواتية له على النحو المتقدم ، وضمه روبرت تورنس (Robert Torrens) . فسمى التشريع الذي أدخل النظام بتشريع تورنس (acte Torrens) ثم أدخل الفرنسيون النظام في تونس في سنة ١٨٨٥ ، وفي كثير من مستعمراتهم . وأخذت به ألمانيا وسويسرا . وأخذت الدولة العثمانية أيضاً بهذا النظام ، وعرف باسم « الطابو » ، وبقي النظام في البلاد العربية التي كانت جزءاً من الدولة العثمانية ، فلا يزال نظام الطابو قائماً في العراق (١) وفي سورية وفي لبنان . وقد

---

(١) أنظر في نقل الملكية في العقار بالبيع في القانون العراقي الأستاذ حسن عباس الصراف فقرة ٣١٩ - فقرة ٣٦٧ والأستاذ حسن علي النون فقرة ١٤٧ - فقرة ١٥٥ . ويعتقد الأستاذ النون ما جاء في المادة ٥٠٨ مدني عراق من أن بيع العقار لا يقع إلا إذا سجل في الدائرة المختصة ، فأصبح البيع عقداً شكلياً لا يتم إلا بالتسجيل .

وقد قام خلاف في الفقه العراقي في قيمة العقد غير المسجل في دائرة الطابو . والنصوص القانونية الواجب النظر إليها في هذه المسألة هي : (١) م ٥٠٨ مدني عراق : « بيع العقار لا يقع إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستغرق الشكل الذي نص عليه القانون » . (٢) م ١١٢٦ مدني عراق : « ١ - تنتقل الملكية بالعقد في المنقول والعقار ٢ - والعقد الناقض للملكية عقار لا يقع إلا إذا دويحت فيه الطريقة المقررة قانوناً » . (٣) م ١١٢٧ مدني عراق : « العهد ينتقل ملكية عقار يقتصر حل الالتزام بالتسوية إذا أغل أحد الطرفين بعقده ، سواء اشترط التسوية في العهد أم لم يشترط » .

ويؤخذ من هذه النصوص : أولاً - أن بيع العقار في القانون العراقي عقد شكل لا يتم إلا بالتسجيل في دائرة الطابو . ومن ثم لا تنتقل الملكية إلى المشتري ، بالنسبة إلى الغير وفيها بين المصالحين ، إلا بالتسجيل بعقده الدائرة ومن وقت هذا التسجيل . ثانياً - العهد السابق =

عدلته تشريعات كثيرة بعد أن استقلت هذه البلاد ، وخاصة في سورية ولبنان حيث أصدر الفرنسيون في عهد الانتداب تشريعات عقارياً شاملاً بهذا النظام (١) .  
والآن وقد أقمنا بنظام الشهر العقاري ، ننظر كيف تطور هذا النظام في مصر .

٢٥١ - **مهرود أرميه** : قيل أن يصدر قانون تنظيم الشهر العقاري في سنة ١٩٤٦ ليحل محل قانون الشهر العقاري الصادر في سنة ١٩٤٧ ، كان نظام الشهر العقاري قائماً بموجب نصوص قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ وقد عمل به ابتداء

---

== مل البيع - وهو التمهيد المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدني عراق - عقد غير مسمى ، فهو ليس إذن بمقدد بيع . ولكنه عقد ملزم ، إذا به لأهل المدين الإذن بالتعويض . وهذا التعويض ينشأ من مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية لأن مصدره هو هذا التمهيد الملزم وهو عقد غير مسمى كما سبق القول . فإذا اتفق المصائدان في هذا التمهيد مل مقدار التعويض - وهذا ما يسمى بالشرط الجزائي - جاز للقاضي الحكم بما اتفق عليه المصائدان ، كما يجوز له الحكم بتخفيض الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن التقدير كان نادماً ، أو بطلان استحقاقه أصلاً إذا أثبت المدين أن عدائهم يلحقه أي ضرر ، وكل هذا تطبيقاً للقواعد المقررة في الشرط الجزائي (أنظر م ١٧٠ مدني) . وإذا لم ينفق المصائدان مل شرط جزائي ، فإن هذا لا يمنع القاضي من تقدير التعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن من جراء إخلال المدين بالتزامه ، طبقاً للقواعد المقررة في هذا الصدد ( أنظر م ١٩٩ مدني عراق ) ، ومصدر هذا التعويض الذي يقدره القاضي هو ، كمصدر الشرط الجزائي ، المسئولية العقدية دائماً وليس المسئولية التقصيرية . ويخلص من ذلك أن القول بأن مصدر المسئولية العقدية دائماً وليس المسئولية التقصيرية ، هو المصدر هو المسئولية العقدية (قارن الأستاذ الذنون فقرة ٤١٨ ) . وكذلك القول بأن هذا التمهيد المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدني العراقي يتحول من عقد بيع باطل إلى عقد غير مسمى ليس سليماً ، ولنا هنا في حاجة إلى التحول ، فإن العقد ينشأ منذ البداية عقد غير مسمى صحيحاً ملزماً ، وليس عقد بيع باطل يتحول بعد ذلك إلى عقد غير مسمى (قارن الأستاذ الصراف فقرة ٣٣٩) .

وقد كان من الخير أن يحل محل هذا التمهيد المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدني عراق ملزماً بنقل الملكية حيناً ، فلا يقتصر على الإلزام بالتعويض . وهذا هو ما يقرره القانون الألماني والسويسري ، وكلاهما أخذ كالقانون العراقي بنظام السجل العقاري .  
(١) أنظر في نقل ملكية العقار بالبيع في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٨٨ وما بعدها . وفي القانون المدني السوري عقد البيع غير المسجل ينشئ التزاماً بنقل الملكية يجوز تنفيذه مبرأ ولا يكفي بالتعويض (الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٨٨ - فقرة ٨٩) .

من أول يناير سنة ١٩٢٤ . وكان نظام الشهر قبل قانون التسجيل قائماً بموجب نصوص التفتين المدني القديم . أما قبل هذا التفتين ، فلم يكن في مصر نظام للشهر .

فستعرض إذن عهداً أربعة : (١) العهد السابق على التفتين المدني القديم (٢) نظام الشهر في التفتين المدني القديم . (٣) نظام الشهر في قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ . (٤) نظام الشهر في قانون تنظيم الشهر العقاري الصادر في سنة ١٩٤٦ وهو النظام القائم في الوقت الحاضر .

### المرحلة الأولى - العهد السابق على التفتين المدني القديم

٢٥٢ - لم يوجد نظام للشهر في ذلك العهد : قبل صدور التفتين المدني القديم - التفتين المدني المختلط في سنة ١٨٧٥ والتفتين المدني الوطني في سنة ١٨٨٣ - لم يكن هناك في مصر نظام معروف لشهر الحقوق العينية . وقد كانت الشريعة الإسلامية هي المعمول بها في ذلك العهد مع تشريعات خاصة أكثرها تجارية ، ولم يصدر أى تشريع يضع نظاماً للشهر (١) .

٢٥٣ - نظام المكلفات الإدارية : على أنه مما خفف من عيوب تنظيم شهر الحقوق العينية نظام إداري وضع لجبي الضرائب العقارية عرف بنظام المكلفات . فقد كانت الأراضي في عهد محمد علي تملكها الدولة ، ولم يكن للأفراد إلا حق الانتفاع بها انتفاعاً مؤقتاً في نظير جعل سنوي يقابل الضريبة العقارية . وكان حق الانتفاع هذا ينتهي حتماً بالموت ، ولا يستطيع صاحبه أن ينزل عنه إلى آخر في حال حياته . ثم أبيع بعد ذلك للأفراد الزول من حق الانتفاع ، وفي سنة ١٨٥٨ أصدر سعيد باشا لائحته المعروفة وجعل

---

(١) وقد قضت المحاكم المختطة بأن الشريعة الإسلامية هي التي تسمى على عقود البيع فيما بين الأقال قبل صدور التفتين الحديثة (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦) ، وبأنه كان يمكن لانقضاء البيع توافيق الإيجاب والقبول على البيع وأن (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٢٤٠) .

للزراع الحق في التصرف في أراضيهم بالبيع والرهن وغير ذلك من التصرفات ، كما جعل الأرض تنتقل باليراث إلى ورثة صاحب الحق فيها . ويتم نقل الحقوق على الأرض في حال الحياة بحجة رسمية بمرورها للقاضي الشرعى ، بحضور شهود ، وبعد ترخيص من المديرية . وكان القاضي الشرعى قبل أن يحرر الحجة بنقل الحق يتحقق من صحة الحجج السابقة التى صدرت للبائع ، ثم يحرر الحجة بعد ذلك في دفتر أعد لتقييد التصرفات . ثم يتلو بعد ذلك عملية تسجيل في سجل خاص بالمديرية ، والغرض من هذه العملية إثبات كل تغيير في شخص الملتزم بالضريبة العقارية في المكلفات . فكان هذا النظام ، الذى وضع في الأصل لتنظيم جبي الضريبة العقارية بواسطة المكلفات وإثبات الأشخاص المتعاقبين الذين يلتزمون بدفع هذه الضريبة ، يستخدم في الوقت ذاته كطريق لشهر الحقوق العينية ، إذ كان السجل الخاص بكل مديرية عنياً يستطيع ذوو الشأن الاطلاع عليه لمعرفة الحقوق التى ترتبت على الأراضى .

وبخلاص من ذلك أن التصرف كان شكلياً لا بد من تحريره في حجة رسمية بواسطة القاضي الشرعى . بل يبدو أن الحق كان لا ينتقل إلى المتصرف إليه إلا بعد تسجيله في سجل المديرية ، فلو مات المتصرف له قبل هذا التسجيل لا ينتقل حقة إلى ورثته ، أما إذا تم التسجيل قبل وفاته فان الحق ينتقل إلى الورثة (١) .

---

(١) أنظر في هذا الموضوع استئناف مخطط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٨٥ - ٢٩ م ١ ص ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٦ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ١٣ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٦٩ - ١٢ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٧٣ - ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٢ - ٢٣ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٠١ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨١ - ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه كان يمكن توافق الإيجاب والقبول لانعقاد البيع وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وأن حجة البيع ليست إلا لإثبات ( استئناف مخطط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٣٤ وقد سبق الإشارة إليه - ١٨ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٨٠ - ١٨ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٤٩ - ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦ وقد سبق الإشارة إليه ) .

## المرحلة الثانية - نظام الشهر في التقنين المدنى السابق

٢٥٤ - اقتباسى نظام الشهر الفرنسى : وفى عهد الإصلاح القضائى ، عند صدور تقنينات المحاكم المختلطة والمحاكم الوطنية ، أدخل المشرع المصرى نظاما لشهر الحقوق العينية اقتبسه من النظام الفرنسى الذى كان قد أدخل فى فرنسا قبل ذلك بقانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ ، وهو نظام شهر شخصى فيه العيوب التى قدمناها .

ولا تزال نصوص هذا التقنين المدنى السابق معمولاً بها فى حالة المحررات التى لها تاريخ ثابت قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ - وهذا هو تاريخ العمل بقانون التسجيل الذى سأتى الكلام فيه - فتسرى عليها أحكام القوانين التى كانت سارية عليها ، وهى بالذات نصوص التقنين المدنى السابق . وتنص المادة ٥٤ من قانون تنظيم الشهر العقارى المعمول به اليوم فى هذا المعنى على أنه لا يسرى هذا القانون على المحررات التى ثبت تاريخها ثبوتاً رسمياً قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ولا على الأحكام التى صدرت قبل هذا التاريخ ، بل تظل هذه المحررات والأحكام خاضعة من حيث الآثار التى نرتب عليها لأحكام القوانين التى كانت سارية عليها (١) .

من أجل هذا يكون من المهم أن نورد أهم نصوص التقنين المدنى السابق الخاصة بنظام شهر الحقوق العينية ، ثم نبين بعد ذلك ما شاب هذا النظام من العيوب .

### ٢٥٥ - نصوص التقنين المدنى السابق الخاصة بنظام الشهر :

النصوص الرئيسية التى تضع نظام الشهر العقارى فى التقنين المدنى السابق هى : أولاً - نص يقرر بصفة عامة أن الملكية والحقوق العينية تنقل فيما بين المتعاقدين بالعقد دون حاجة إلى تسجيل . وهذا هو نص المادة ٧٣٢/٦٠٦ ، ويجرى على الوجه الآتى : « فى جميع المواد تثبت الملكية أو الحقوق العينية

---

(١) وانظر أيضاً فى هذا المعنى المادة ١٤ من قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٢ .

في حق مالكها السابق بمقد انتقال الملكية أو الحق العيني أو بأي شيء يترتب عليه هذا الانتقال قانوناً .

ثانياً - نصوص أخرى كثيرة تقرر أن الملكية والحقوق العينية وبعض الحقوق الشخصية لا تنتقل بالنسبة إلى الغير إلا بتسجيل التصرفات القانونية التي هي مصدرها ، دون الوقائع المادية كالإرث . فتنص المادة ٧٣٥/٦٠٩ على مايلي : « وفي مواد المقار تثبت الحقوق العينية بالنسبة لغير المتعاقدين على حسب القواعد الآتية » . وهذه القواعد متصوص عليها في المواد ٧٣٦/٦١٠ - ٧٤٠/٦١٣ ، ونعني هذه النصوص على الوجه الآتي : م ٦٣٧/٦١٠ - ملكية المقار والحقوق المتفرعة عنها إذا كانت آيلة بالإرث تثبت في حق كل إنسان بثبوت الوراثة » - م ٧٣٧/٦١١ - « الحقوق بين الأحياء الآيلة من عقود انتقال الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن أو من العقود المثبتة لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقاري أو المشتمة على ترك هذه الحقوق تثبت في حق غير المتعاقدين ممن يدعي حقاً عينياً بتسجيل تلك العقود في قلم كتاب المحكمة التابع لها مركز المقار أو في المحكمة الشرعية » . م ٧٣٨/٦١٢ - « الأحكام المتضمنة لبيان الحقوق التي من هذا القبيل أو المؤسسة لها يلزم تسجيلها أيضاً ، وكذلك الأحكام الصادرة بالبيع الحاصل بالزاد والعقود المشتمة على قسمة عين المقار » . م ٧٤٠/٦١٣ - « وكذلك يلزم تسجيل عقود الإيجار الذي تزيد مدته على تسع سنين وسندات الأجرة المعلقة الزائلة عن ثلاث سنين لأجل أن تكون حجة على غير المتعاقدين » .

ثم تنص المادتان ٧٤٢/٦١٥ - ٧٤٣/٦١٦ على الجزاء المترتب على عدم التسجيل ، ونجربان على الوجه الآتي : م ٧٤٢/٦١٥ - « في حالة عدم وجود التسجيل عند لزومه تكون الحقوق السالف ذكرها كأنها لم تكن بالنسبة للأشخاص الذين لم يقيموا حقوق عينية على المقار وحفظوها بموافقتهم للقانون » . م ٧٤٣/٦١٦ - « ومع ذلك فلهؤلاء الأشخاص الحق فقط في أن يحصلوا على تنزيل مدة الإيجار إلى تسع سنين إذا كانت مدته زائلة عليها ، وفي أرجاع ما دفع مقلما زيادة عن أجر الثلاث سنين » .

وتأيد النصوص المتضمنة الذكر بنصين آخرين ، أحدهما ورد في أسباب

الملكية والحقوق العينية ، هو نص المادة ٦٩/٤٧ وتجرى على الوجه الآتى :  
« أما الأموال الثابتة بالملكية والحقوق العينية فيها لا تثبت بالنسبة لغير المتعاقدين إلا إذا صار تسجيلها على الوجه المبين فى القانون » . والنص الثانى ورد فى نصوص البيع ، وهو نص المادة ٣٤١/٢٧٠ وتجرى على الوجه الآتى : « لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه إلا بتسجيل عقد البيع كما سيذكر بعد ، متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانوناً وكانوا لا يعلمون ما يضر بها » .

ثالثاً - نصوص ترد استثناء من القاعدة المتقدمة التى تقضى بأن الحقوق العينية لا تنتقل بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل ، وهى المواد ٧٤٤/٦١٧ - ٧٤٦/٦١٩ ، وتجرى على الوجه الآتى :

م ٧٤٤/٦١٧ : « ويستثنى من الأصول السالف ذكرها الموهوب له والموصى له بشئ معين ، فانهما لا يجوز لهما الاحتجاج بعدم التسجيل على من حاز بمقابل ملكية حق قابل للرهن أو حق انتفاع بالاستعمال أو السكنى بعقد ذى تاريخ صحيح سابق على تسجيلها » .

م ٧٤٥/٦١٨ : « وإنما يجوز هذا الاحتجاج لمن حاز الحق بمقابل من الموهوب له أو الموصى له إذا سجل عقده أو حقه بالأولوية » .

م ٧٤٦/٦١٩ : « وفى حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها » .

رابعاً - نصوص تقرر نظام القيد فى الحقوق العينية التابعة الواقعة على عقار يجوز الاحتجاج بها على الغير ، وذلك فيما عدا الرهن الحيازى العقارى فقد رأينا أنه كان خاضعاً لنظام التسجيل لا لنظام القيد ونكتفى بالإشارة إلى هذه النصوص المتفرقة ، فهى فى الرهن الرسمى المواد ٦٨٩/٥٦٥ - ٦٩٠/٥٦٦ ، وفى حق الاختصاص المواد ٧٢٢/٥٩٦ - ٧٢٦/٦٠٠ ، وفى حقوق الامتياز العقارية المادة ٧٤١/٦١٤ . وكان يكتفى فى حفظ حق امتياز بائع العقار بتسجيل عقد البيع ذاته دون حاجة لقيد حق الامتياز (م ٦٠١ سابقاً ٧٢٧/سادساً) .



خامساً - نصوص تنظم عملية التسجيل ودفائره ، وتكتفى بالإشارة إليها وهي  
المواد ٦٢٢/٧٥٠ - ٧٧٤/٦٤١ .

٢٥٦ - ما يستخلص من النصوص المتضمنة : ويستخلص من  
النصوص المتقدمة الذكر أن نظام الشهر في التقنين الملقى السابق كان يخضع  
الحقوق العينية الأصلية لنظام التسجيل ، ويخضع الحقوق العينية النجمية لنظام  
التقيد ، باستثناء الرهن الحيازي العقاري وحتى امتياز بائع العقار ، فإن الحق  
الأول كان يخضع لنظام التسجيل والحق الثاني كان يجوز حفظه بتسجيل عقد  
البيع . وغنى عن البيان أن التقيد في الحقوق العينية النجمية كان ضرورياً لإمكان  
الاحتجاج بالحق على الغير . وفي التسجيل كان نظام الشهر يقرر تمييزاً جوهرياً :  
فالحقوق العينية الأصلية كانت تنتقل فيما بين المتعاقدين دون حاجة إلى التسجيل ،  
أما بالنسبة إلى الغير فكانت لا تنتقل إلا بالتسجيل .

٢٥٧ - عيوب نظام الشهر في التقنين الملقى السابق هي عيوب نظام الشهر الشخصي  
مع ناحية الترتيب ومن ناحية الحجية . وتزيد هنا ناحية ثالثة هي ناحية الحصر ،  
فليست كل التصرفات التي ينبغي شهرها واجبة الشهر في هذا النظام .  
ويجمل الكلام في هذه العيوب فيما يأتي :

أولاً - من ناحية الترتيب - تعدد جهات الشهر : الشهر في هذا  
النظام يتم وفقاً لأسماء الأشخاص ، وتزيد هذا العيب جساماً أن الشهر ليس  
مركباً في جهة واحدة بل هو موزع على جهات ثلاث .

ثانياً أن الشهر يتم وفقاً لأسماء الأشخاص ، فهذا هو المقوم الرئيسي لنظام  
الشهر الشخصي ، وهو العيب البارز فيه . وقد قلنا أن صاحب المصلحة  
لا يستطيع أن يعرف في هذا النظام كل ما وقع على عقار معين بالذات من  
تصرفات وهذا هو الذي يمتنعه ، بل إن ما يعرفه هو كل ما صدر من شخص

معين من التصرفات وهذا قد يفي بحاجته وقد لا يفي (١) .

وأما أن الشهر ليس مركزاً في جهة واحدة ، فذلك راجع إلى النظام القضائي الذي كان قائماً في ذلك العهد . فقد كانت جهات الشهر في ذلك الوقت ثلاثة : المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية . وكان الشهر يصح قانوناً في أية جهة من هذه الجهات الثلاث ، ولكن لا يكون نافذاً في حق الأجانب إلا إذا تم في المحاكم المختلطة (٢) . ولذلك كان الشهر أكثر ما يتم في قلم كتاب هذه المحاكم ، إذ يكون نافذاً في حق المصريين والأجانب جميعاً . ولكن بقيت المحاكم الشرعية جهة الشهر الطبيعية في التصرفات غير المعروفة في المحاكم المختلطة وهي الوقف . واستمرت أقاليم الكتاب بالمحاكم الوطنية تقيّد حقوق الاختصاص من تلقاء نفسها إذ القانون يوجب ذلك ، وكذلك أحكام الشفعة وتزع الملكية .

(١) وتريد المصرية باختلاف أجنبية اللغة العربية عن أجنبية اللغة الأجنبية ، وبتعدد اللغات الأجنبية التي تكتب بها الأسماء . فقد يبحث ذو المصلحة عن اسم ويحسب مكتوباً بحسب التهجئة الفرنسية فلا يجد ، فيؤمن أن الشخص الذي يحمل هذا الاسم لم تصدر عنه تصرفات . والواقع أن هذا الشخص صدرت عنه تصرفات لم تظهر بالبحث ، لأن اسمه يكون مكتوباً بحسب التهجئة الإيطالية وهذه تختلف عن التهجئة الفرنسية . والأمثلة من ذلك كثيرة . وقد أورد الدكتور محمد شوقي في كتابه « الشهر العقاري علماً وعملاً » (ص ٥٢) مثلاً فيما كتبه بصدده قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ ويصد على ما قبله ، حيث يقول : « فائمة صعويات ومساوي كبيرة نشأت من اختلاف الأجيال العربية عن أجيال اللغات الأجنبية . بل إن هذه اللغات ذاتها تختلف من حيث نطق حروفها المجالية بعضها عن البعض ، كالحرف U الذي يلفظ بالإيطالية OU . فإذا فرضنا أن طالباً تقدم لبحث من تصرفات باسم مراد Mourad أو جندی Guindi ، وأن الكاتب المكلف وهو ليطال مثلاً كتب الكلمة من العربية للإيطالية Murad, Ghindi ، فالشهادة التي تعطى على أساس ذلك البحث لن تكون من الاسم الصحيح ، وبالتالي قد تكون سلبية ، في حين أنها لو علمت من الاسم الصحيح لكأنت إيجابية » .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٢ - وانظر في تبادل الاختاطة بالتصرفات بين الجهات الثلاث الدكتور محمد شوقي والشهر العقاري علماً وعملاً ص ١٠١ و ص ١٧٢ - وتقضى المادة ٣٧٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة في سنة ١٩١٠ بتكليف هذه المحاكم بأن توافي المحاكم المختلطة بملخصات المقدور الناقلة للملكية ، وذلك بواسطة المحاكم الشرعية المكلفة بهذه المهمة . وهذا الإجراء هو في الواقع نتيجة لإلغاء وظيفة الموظف المختلط الذي كان يتصد بملف المحاكم الشرعية . وتقضى المادة ٣٧٣ من اللائحة ذاتها بتكليف الكاتب المختلط بدوره بأن توافي المحاكم الشرعية بملخصات مماثلة عن كل ما تتسلمه من المهررات المشار إليها لكن تسجل لديها في سجلات خاصة مدة ذلك .

فكان ذو المصلحة إذا احتاط لأمره يبحث في كل من المحاكم المخططة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية ، ليستوثق من أنه استقصى جميع ما شهر من التصرفات التي تعنيه .

ثانياً - من ناحية المحمية : ولم يكن لنظام الشهر في التفتين المدني السابق حجة كاملة كالحجة التي تقتزن بنظام الشهر المدني أو السجل العقاري . فان الشهر بموجب نظام التفتين السابق ليس إلا تسجيل التصرف أو قيده كما هو على علاته وبجميع ما ينطوي عليه من عيوب . فاذا كان التصرف صحيحاً قبل الشهر ظل صحيحاً بعده ، وإذا كان باطلاً أو قابلاً للإبطال أو مشوباً بأي عيب آخر ظل بعد الشهر مشوباً بهذا العيب . فالشهر لا يصحح عقداً باطلاً ولا يبطل عقداً صحيحاً ، كما قلنا . فاذا صدر بيع مثلاً من غير مالك ، وسجل عقد البيع ، ظل هذا البيع بعد التسجيل كما كان قبل التسجيل عقداً قابلاً للإبطال ، وهو على كل حال لا ينتقل الملكية إلى المشتري ولو بعد أن يسجل . أما في نظام الشهر المدني فان هذا البيع متى سجل ينتقل الملكية إلى المشتري بمحكم التسجيل ذاته لا بمحكم البيع ، ويأخذ المالك الحقيقي الذي سلب ملكه على هذا الوجه تعويضاً عما أصابه من الضرر من غزاة الجهة القائمة على الشهر .

وزاد من جسامه هذا العيب أن المحررات التي كانت تقدم للشهر كانت تقبل كما هي ، دون فحص أو تحرر للاصتياف من صحتها . وكان الناس يلجأون في تحرير تصرفاتهم إلى الكتابة العرفية لتجنب نفقات التوثيق ، وكثيراً ما كانت تأتي هذه التصرفات غير محكمة التحرير ، سواء في تعيين شخصية المتعاقدين أو في وصف العقار وتحديد ثمنه . بل إنه لم يكن هناك ضمان أن التوقيع على هذه المحررات ليس مزوراً ، إذ لم يكن يطلب التصديق على إمضاء المتعاقدين ، فكثر من أجل ذلك شهر التصرفات المزورة .

ثالثاً - من ناحية المحصر : ولم تكن كل التصرفات التي ينبغي شهرها واجبة الشهر طبقاً لنظام التفتين المدني السابق ، فلم يحصر هذا النظام التصرفات

حصراً دقيقاً حتى يشملها جماعاً . وقد شاع القصور في شهر التصرفات ، ويرجع ذلك إلى أسباب أربعة :

١- لم يكن التسجيل ضرورياً لنقل الحقوق العينية فيما بين المتعاقدين ، بل كان القصد وحده كافياً لذلك ، وهذا مبدأ جوهري من مبادئ نظام الشهر في التفتين المدنى السابق أخذه عن نظام الشهر الفرنسى كما قدمنا . وترتب على ذلك من الناحية العملية أن كثيراً من المتعاملين كانوا لا يلجأون إلى شهر تصرفاتهم ، ويقنعون بأن الحق قد انتقل إليهم بموجب التصرف غير المسجل فيما بينهم وبين المتعاملين معهم . وهذا الاطمئنان الذى لا مبرر له كانت العادة تثبته ، وتشجع عليه الرغبة فى تجنب إجراءات الشهر ونفقاته . فكان من ذلك أن يبق التصرف دون أن يتناوله الشهر ، فلا يكون حجة على الغير ، وكثيراً ما كان يلجأ المتصرف الأول إلى التصرف مرة أخرى فى المقار غشاً منه . فكان كثير من المتعاملين يضارون بأبلغ الضرر من جراء ذلك ، كما كان كثير من التصرفات الواجبة الشهر لا تشهر فعلاً مما زعزع أسس نظام الشهر ذاتها .

٢ - وبفرض أن التسجيل تناول كل التصرفات الواجب شهرها ، فإن القانون نفسه كان يخرج بعض الوقائع الهامة من منطقة الشهر . فهو لا يدخل فى هذه المنطقة إلا التصرفات فيما بين الأحياء . ويرتب على ذلك أنه لم يكن خاضعاً للشهر سبب هام من أسباب نقل الملكية ، وهو الميراث ، لأنه ينقل الملكية بالموت ، بل إنه ليس بتصرف قانونى . وقد نصت المادة ٧٣٦/٦١٠ من التفتين المدنى السابق على هذا الحكم صراحة كما رأينا ، إذ تقول : « ملكية العقار والحقوق المنزعة عنها إذا كانت آيلة بالإرث تثبت فى حق كل إنسان بثبوت الوراثه » . فلا يخضع الميراث لنظام الشهر ، مع أنه سبب من أكثر الأسباب شيوعاً فى نقل الحقوق . وكذلك الوصية لم تكن تخضع لنظام الشهر ، لأنها لا تدخل فى نطاق التصرفات فيما بين الأحياء إذ هى تصرف لما بعد الموت . وقد نجم عن ذلك أن ثغرة واسعة قد انفرجت فى بناء الشهر ، وأصبح من الصعب متابعة تسلسل انتقال الملكية فى العقار ، وقامت مشاكل معقدة من جراء ذلك .

٣- وفوق ذلك قد ترك نظام الشهر ثغرة أخرى في التصرفات ما بين الأحياء ذاتها . فالشروع قد ذكر في المادة ٦١١/٧٣٧ الحقوق الخاصة لنظام الشهر وهي « الحقوق بين الأحياء الآيلة من عقود انتقال الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن أو من العقود المثبتة لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقاري أو المشتعلة على ترك هذه الحقوق » . فلم يذكر التصرفات الكاشفة عن الحقوق العينية ، فهذه تصرفات هامة لم تكن خاضعة لنظام الشهر كما وضعه التقنين المدني السابق(١).

٤- وأخيراً لم يكن. نظام الشهر في التقنين المدني السابق دقيقاً في فصل الحقوق العينية الأصلية التي تخضع لنظام التسجيل والحقوق العينية التبعية التي تخضع لنظام القيد . فقد أدخل بعض حالات الحقوق العينية التبعية في نظام التسجيل مع أن نظام القيد هو النظام الصالح لها(٢).

فعل ذلك في حالتين : ( الحالة الأولى ) هي الرهن الحيازي العقاري ، فقد أخضعه كما رأينا لنظام التسجيل دون نظام القيد في غير مبرر(٣). ( والحالة الثانية ) هي حالة امتياز بائع العقار ، فقد جاء في المادة ٦٠١ سابعاً/٧٧٧ سادساً كما رأينا ما يأتي : « فإذا كان المبيع عقاراً : كان ثمنه ممتازاً أيضاً إذا كان تسجيل البيع حصل على الوجه الصحيح » . وهذا النص يحفظ حق امتياز البائع

(١) وأفضل التقنين المدني السابق أيضاً النص على تسجيل الوقف . وقد ذهبت أحكام كثيرة ( استئناف وطني ١٥ أبريل سنة ١٩١٦ الهامة رقم ١ ص ٩ - استئناف غنط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٠ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧ - ١٨ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٠٨ ) إلى أن القانون لا يستلزم تسجيل إنشاء الوقف ليكون سمي على الغير . ولم تعدل المحاكم عن قضائها هذا إلا بعد صدور القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٢٠ ، الذي أوجب تسجيل إنشاء الوقف في سجلات المحاكم الشرعية . وقد عدل هذا القانون بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ الصادر بتزقيب لائحة المحاكم الفرعية .

(٢) فالقيد يجب تجديده كل عشر سنوات ، فينبغي التجديد إذا المصلحة من البحث لمدة أكثر من عشر سنوات .

(٣) وإذا كان الرهن الرسمي وهو يخضع لنظام القيد يجب أن يكتب في ورقة رسمية ، فليس ذلك مبرراً لأن يكون الرهن الحيازي وهو يكتب في ورقة عرفية خاضعاً لنظام التسجيل ، إذ من السهل الحصول على البيانات اللازمة لقيد حتى من الأوراق العرفية .

( م ٢٩ - لروسيه ج ٩ )

على العقار ، حتى لو اكتفى البائع بتسجيل البيع وذكر فيه أن الثمن أو جزءاً منه لا يزال مستحقاً في ذمة المشتري ، دون حاجة إلى قيد حق الامتياز ذاته . وكان المتعاملون فيه يكتفون فعلاً بذلك ، إذ كانت عقود البيع تسجل ، وفي تسجيلها شهر للعقد ذاته وفي الوقت نفسه حفظ لحق الامتياز .

### المرحلة الثالثة - نظام الشهر في قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣

#### ٢٥٨ - محاولات الإصـلاح السابقة على صدور قانون التسجيل :

هذه العيوب التي بسطناها فيما تقدم جعلت نظام الشهر كما كان قائماً في الفنين المدني السابق نظاماً غير صالح ، واجتمعت الكلمة على ضرورة إدخال نظام الشهر، المعنى أو السجل العقارى في مصر ، سدا لهذه الثغرات وتلافياً لهذه العيوب .

وقد بدأت حركة الإصلاح هذه بمشروعين قدمتهما الحكومة في سنة ١٩٠٢ إلى اللجنة التشريعية الدولية . وأول هذين المشروعين كان الغرض منه توحيد جهات الشهر وتركيزها جميعاً في جهة واحدة . وكان الغرض من المشروع الثانى إدخال نظام السجل العقارى في مصر . وقد فرغت اللجنة التشريعية الدولية من دراسة المشروعين ، وأقرتهما معاً في سنة ١٩٠٤ . ولكن هذه المحاولة لم يعقبها تنفيذ ، بل بقيت الأمور كما كانت من قبل ، وبقي المشروعان اللذان أقرتهما اللجنة التشريعية الدولية على حالتهما إلى سنة ١٩٢٠ ، إذ شكلت لجنة لبحث موضوع إدخال السجل العقارى في مصر ، فأعدت هذه اللجنة بحث المشروعين السابقين الذكر وانتهت إلى إقرارهما مرة أخرى . وقد وافق مجلس الوزراء في ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ على تقرير هذه اللجنة الذى يقر المشروعين السابقين ، وشكل لجنة جديدة مهمتها دراسة الوسائل العملية وتعيين الطرق المناسبة للوصول إلى تحقيق الإصلاح المرجو . وقد رأت هذه اللجنة ، بعد دراسة عملية ، لإجراء إدخال نظام السجل العقارى حتى يتم التمهيد له بإصلاحات ضرورية تجعل تنفيذه أمراً ميسوراً . واقترحت تحقيقاً لهذا الغرض مشروع قانون يدخل إصلاحات جوهرية في نظام الشهر ، تمهيداً لإدخال نظام السجل العقارى . وعرض

مشروع القانون على الجمعية التشريعية المخططة ليكون نافذاً على الأجانب ،  
فوافقت عليه في ٣٠ مارس سنة ١٩٢٣ (١).

فصلى بناء على كل ذلك قانون التسجيل في ٢٣ يونيو سنة ١٩٢٣ ، وهو  
قانونان يشتملان على نصوص واحدة ، أحدهما قانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣  
ويسرى على المحاكم الوطنية ، والآخر قانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٩ ويسرى  
على المحاكم المخططة . وقد جعل مبدأ سريان قانون التسجيل أول يناير سنة ١٩٢٤ ،  
أما المهرات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ فتخضع في شهرها لنصوص  
التعدين الملحق السابق كما قدمنا .

ولا تزال نصوص قانون التسجيل معمولاً بها في شأن جميع المهرات التي تم  
شهرها قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ ، وهو تاريخ نفاذ قانون تنظيم الشهر العقاري  
الذي نل قانون التسجيل ، فإن المادة ٥٦ من القانون الأخير تنص على أن جميع  
المهرات التي تم شهرها في جهة من الجهات المختصة وفقاً للقواعد السارية قبل  
العمل بأحكام هذا القانون تكون حجة على الكافة من وقت العمل بهذه الأحكام .  
من أجل ذلك يكون متعيناً هنا أيضاً أن نورد أهم النصوص التي اشتمل عليها

---

(١) نصح المستشار القضاة منذ سنة ١٨٩٠ بإصلاح نظام الشهر ، تم في سنة ١٩٠٢  
إعداد مشروعين ، يرض أولهما إلى توحيد ألقام التسجيل ، ويهدف ثانيهما إلى إحلال نظام السجل  
العقاري على نظام الشهر الشخصي وهما المشروعان المشار إليهما في المتن . وقد عرض هذان  
المشروعان في سنة ١٩٠٤ على لجنة دولية فنية لبحثها ، فأقرتهما في سنة ١٩٠٨ ، ولكن  
للرد صاحبات الاختيار لم توافق عليهما . وفي سنة ١٩١٧ عهدت لجنة الامتيازات إلى لجنة  
فرعية ، عرفت باسم لجنة دوسن نسبة إلى رئيسها مستر دوسن الذي كان مديراً لمصلحة المساحة ،  
ببحث موضوع إدخال نظام السجل العقاري في مصر . وقد استمرت اللجنة الفرعية في عملها بعد  
انقطاع لجنة الامتيازات ، وقد أعاد مجلس الوزراء في أول مايو سنة ١٩٢٠ تشكيلها كجنة  
مستقلة ، وانتهت اللجنة من عملها في أواخر تلك السنة . وألف مجلس الوزراء في ٢٥ أبريل  
سنة ١٩٢٣ لجنة خاصة بالبحث عن أفضل الطرق لتنفيذ اقتراحات لجنة دوسن على المصريين  
والأجانب جميعاً ، ولوضع مشروع قانون يتضمن اقتراحات اللجنة معاً ، وهي اللجنة المشار  
إليها في المتن ، فوضعت المشروع الذي صدر به قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ ( أنظر الأستاذ  
عبدكامل مرسى في شهر التصرفات العقارية فقرة ٣٧ وما بعدها - الأستاذ أنور سلطان  
ص ١٨٨ هامش رقم ١ - مقالاً للأستاذ محمد علي حرفة في مجلة القانون والاقتصاد ١٨  
المجلد الثالث ) .

قانون التسجيل ، ونبين بعد ذلك ما عالجته هذا القانون من عيوب في نظام التقنين المدنى السابق وما نرى قائماً من هذه العيوب .

٢٥٩ - أهم نصوص قانونه الفصيل : يتناول قانون التسجيل المحررات التى يجب شهرها ، ثم ينص على ما يجب القيام به لتحرى الدقة فى هذه المحررات .

أولاً - المحررات التى يجب شهرها : أما المحررات التى يجب شهرها فبعضها يخضع لنظام التقييد ، وهى المحررات المتعلقة بالرهن الرسمى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، وهذه تركها لنصوص التقنين المدنى السابق وقد تقدم ذكرها . أما ما يخضع منها لنظام التسجيل فقد تناولها على الوجه الآتى :

١ - تناولت المادتان الأولى والثانية العقود المنشئة لحقوق الميئنة العقارية أو الناقلة أو المغيرة أو المزيله لها والأحكام المثبتة لهذه العقود ، وكذلك العقود والأحكام الكاشفة عن الحقوق الميئنة العقارية وعقود الإيجار والمحالصات بالأجرة . ورتبت على عدم التسجيل فى الطائفة الأولى عدم إنتاج الأثر بالنسبة إلى الغير وفيما بين المتعاقدين ؛ وفى الطائفة الأخرى عدم إنتاج الأثر بالنسبة إلى الغير فقط .

فنصت المادة الأولى على أن « جميع العقود الصادرة بين الأحياء بمعرض أو بغير عوض ، والتى من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عينى عقارى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية التى يترتب عليها شئ من ذلك ، يجب لإشهارها بواسطة تسجيلها فى قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار أو فى المحكمة الشرعية ، وذلك مع مراعاة النصوص المعمول بها الآن فى مواد الامتياز والرهن العقارى والاختصاصات العقارية . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم . ولا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين . وتعتبر أحكام هذه المادة مقيدة للنصوص



الخاصة بانتقال الملكية والحقوق الميئية العقارية الأخرى بمجرد الإيجاب والقبول بين المتعاقدين » .

ونصت المادة الثانية على أنه « يجب أيضاً تسجيل ما يأتي : أولاً - العقود والأحكام النهائية المقررة لحقوق الملكية أو الحقوق الميئية العقارية الأخرى المشار إليها في المادة السابقة بما فيها القسمة العقارية . ثانياً - الإجراءات التي تزيد منها عن تسع سنوات والمخالصات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً (١) . فإذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات فلا تكون حجة على الغير (٢) ، كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إذا دأخلها التدليس . غير أنه فيما يتعلق بالعقد المشار إليها في الفقرة الثانية من هذه المادة ، لا يكون للغير سوى حق تخفيض الإجارة إلى تسع سنوات إذا زادت منها عن ذلك ، وعدا عدم اعتماد ما دفع مقدماً زائلاً عن أجرة ثلاث سنين » .

٢ - وتناولت المواد ١٠٧ و١٠٨ دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع المقدمة ضد العقود واجبة التسجيل ، وهي العقود التي تقدم ذكرها في المادتين الأولى والثانية ، لأنها دعاوى من شأنها أن تزيل أثر هذه العقود ، فوجب شهرها إما بالتأشير على هامش تسجيل العقد إذا كان العقد قد سجل ، وإما بتسجيل صحيفة الدعوى إذا كان العقد لم يسجل . وكذلك تناولت هذه المواد دعوى استحقاق أى حق من الحقوق الميئية ، لأنها دعوى قد تكون نتيجة الكشف عن أن صاحب الحق الميئي هو غير الشخص المعروف للناس ، فوجب شهرها هي أيضاً إما بالتأشير على هامش تسجيل المحرر الذي يثبت الحق للمدعى عليه

- 
- (١) وأنفل النس الحرة بالاجرة مقدماً كما أظفلها الفقتين الملئ السابق (م/١١٢/٧٤٠) .  
وقد ارك الأمر قانون تنظيم الشهر العقارى ، فذكرها في المادة ١١ منه .  
(٢) وقد بينت المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل علة النظرية بقولها : « هناك عقود وأحكام لا يمكن اعتبارها كأن لم تكن لمجرد عدم تسجيلها ، فالأحكام المقررة لحقوق الطرفين والعقود التي من علة القيل يحوز اشتراط تسجيلها حتى يعل بها الغير مع النص على أنها لا تكون حجة على الغير إذا لم تسجل . إلا أنه لا يمكن تجريده هذه الأحكام وهذه العقود من قيمتها الجوهرية ومن الإقرار بحق سابق الوجود ، وهذا الاختلاف في النوع الذي ينجم من الاختلاف في الأثر المترتب على تسجيل هذا أو ذاك النوع من العقود والأحكام يبرر وضع مادتين مختلفتين » .

إذا كان هذا المحرر موجوداً وسبق تسجيله، وإما بتسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق إذا كان المحرر غير موجود كما في الحيازة أو كان موجوداً ولم يسبق تسجيله (١). ونصت هذه المواد أيضاً على وجوب التأشير بمنطوق الحكم الذي يصدر في دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع والاستحقاق ، إما في ذيل التأشير بالدعوى إذا كانت صحيفة الدعوى قد أشير بها على هامش تسجيل المحرر ، وإما في هامش تسجيلها إذا كانت صحيفة الدعوى قد سجلت على النحو الذي قدمناه . ونصت أيضاً على أثر تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بها في الدعاوى المتقدمة الذكر والتأشير بالحكم الصادر في هذه الدعاوى ، فجعلت الحق العيني حجة على الغير من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها لا من تاريخ التأشير بالحكم فحسب .

ونورد هذه النصوص : نصت المادة ٧ من قانون التسجيل على أنه « يجب

---

(١) وقد أدخلت محكمة النقض دعوى صحة التعاقد ضمن دعاوى الاستحقاق ، باعتبارها دعوى استحقاق بحسب المال ، وقالت في أسباب حكمها : « بما أن المادة السابعة من قانون التسجيل نصت على أنه يجب التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بما يقدم ضدها من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع فيها ، فإذا كان المحرر الأصل لم يسجل فتسجيل تلك الدعاوى ، وكذلك دعوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية المقارية يجب تسجيلها أو التأشير بها كما ذكر . ويستفاد من الشطر الأخير للمادة أن دعوى الاستحقاق قد تكون مبنية على عقد سجل ، وقد تكون مبنية على وضع يد أو ميراث أو عقد غير سجل أو عقد شفوي ، إذ عموم النص يعم ذلك . لهذا يجب لجعل عموم النص مفيداً أن تنص دعاوى الاستحقاق الواردة في المادة السابعة بالدعاوى التي يكون غرض رفعها منها الوصول إلى الاستحقاق حالاً أو مآلاً ، كدعوى صحة التعاقد العرق ودعوى إثبات البيع الشفوي ، لأنها تزول بعد تسجيل الأحكام الصادرة فيها إلى استحقاق وانفائها للملكية المقار موضوع الدعوى . ولا غرابة أن يكون المشرع وضع مبراة دعاوى الاستحقاق وقصد منها دعاوى الاستحقاق ولو مآلاً ، فقد جرى على ذلك المادة الأولى من قانون التسجيل إذ عبر عن المقود الواجب تسجيلها بأنها من شأنها إنشاء حق ملكية المقار أو حق عيني مع أنها لا تنفي ذلك الحق إلا بعد تسجيلها ، فعبارة « من شأنها إنشاء حق الملكية » وضمت للمقتضى مآلاً » ( نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٢ ) . وانظر أيضاً نقض مدني ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٨ ص ٥٢٢ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٠ المماثلة ٣١ رقم ٤٩ ص ٩٢ - ٢٩ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٨ ص ٤٠٤ . ومتعود إلى هذه المسألة : أنظر ما يلي بقرة ٢٧٣ .

التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بما يقدم ضدها من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع فيها ، فإذا كان المحرر الأصلي لم يسجل فتسجل تلك الدعاوى . وكذلك دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية يجب تسجيلها أو التأشير بها كما ذكر . ونصت المادة ١٠ من قانون التسجيل على أن « يؤشر بمطلوق الحكم الصادر في الدعاوى الميئة بالمادة السابعة في ذيل التأشير بالدعوى أو في هامش تسجيلها » . ونصت المادة ١٢ على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة السابعة أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون ، يكون حجة على من رتبته لم حقوق وأصحاب الديون العقارية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها . وتبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأشير المشار إليهما خاضعة للنصوص والمبادئ السارية وقت اكتسابها (١) » .

٣ - ولم يقتصر قانون التسجيل على تنظيم شهر الحقوق العينية ومعه عقود الإيجار والمعاملات ، بل نظم أيضاً شهر الحقوق الشخصية إذا كانت مضمونة بتأمينات عينية عقارية كرهن أو امتياز ، لأن انتقال الحق الشخصي في هذه الحالة من دائن إلى دائن يقتضى انتقال التأمين العيني معه ، فيجب شهر انتقال التأمين العيني حتى يمكن الاحتجاج به على الغير . ويتم الشهر عن طريق التأشير بهامش القيد الأصلي للتأمين .

---

(١) وبالرجوع إلى النصوص والمبادئ السارية وقت اكتساب هذه الحقوق ، وهي مبادئ التقنين المدني السابق ، يتبين أن القاعدة هو أن البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع لما عادة أثر رجعي ، فتزول حقوق الغير بحكم هذا الأثر ، وذلك إلا في حالات استثنائية إذا كان الغير دائئاً مرتباً وهذا رسمياً وكان حسن النية فإن حقه لا يتأثر بما يصيب ملكية الراهن من زوال بسبب البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع . ونصت المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري وسعت هذه الحماية للغير حسن النية ، فلم تقصرها على الدائن المرتب حسن النية ، بل شملت كل من تلق حقاً مبنياً على العقار بحسن نية وقام بشهره قبل تسجيل دعوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع أو التأشير بها (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدر في ص ٢٠٢-٢٠٤) . وقد وسعت محكمة الاستئناف المختصة في أحد أحكامها هذه الحماية قبل العمل بقانون تنظيم الشهر العقاري ، فقضت بأن دعوى الفسخ التي سجلت صحيحتها بعد تسجيل عقد بيع صادر من المشتري إلى مشتري ثان لا يسرى حكم الفسخ الصادر فيها في حق المشتري الثاني (استئناف مخطوط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٤٨) .

وهذا ما تكفلت به المادة ١٣ من قانون التسجيل ، فنصت على أنه « لا يصح التمك في وجه الغير بتحويل دين مضمون برهن عقارى أو بامتياز عقارى ، ولا التمك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذه الحقوق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمك كذلك بالتنازل عن ترتيب الرهن العقارى ، إلا إذا حصل التأشير بذلك بهامش التسجيل الأسمى . ويتم التأشير بناء على طلب المحول إليه أو الدائن المرتب أو الذى حل محل الدائن السابق ، ويشتمل التأشير : أولاً - على تاريخ السند وصفته . ثانياً - على أسماء الطرفين وألقابهم ومنازلهم ومحل إقامتهم . ثالثاً - على بيان التسجيل الأسمى مع نمرة المسلسلة وتاريخه ورقم صفحة السجل » .

ثانياً - ما يجب القيام به لتحرى الدقة في المحررات واجبة الشهر : وقد توخى قانون التسجيل تحرى الدقة في المحررات واجبة الشهر ، حتى تكون خالية من العيوب بقدر الإمكان قبل تسجيلها .

فنصت المادة ٣ من قانون التسجيل على أنه « يجب أن تشمل المحررات المقدمة لتسجيل خلاف البيانات الخاصة بموضوعها جميع البيانات اللازمة أو المفيدة في الدلالة على شخصية الطرفين وتعيين العقار بالذات ، وعلى الأخص : ( أ ) أسماء الطرفين وأسماء آبائهم وأجدادهم لأبائهم وكذلك محل إقامة الطرفين . ( ب ) بيان الناحية واسم وعمره الخوض ونمر القطع إذا كانت واردة في قوائم فك التزام ، وكذلك حدود ومساحة القطع بأدق بيان مستطاع . ويجب في عقود البيع والبدل ذكر أصل الملكية واسم المالك السابق وكذلك تاريخ وعمره تسجيل عقده إذا كان مسجلاً » .

ونصت المادة ٤ من قانون التسجيل على أن « المحررات العرفية التى لا تشتمل على البيانات الموضحة بالمادة السابقة لا يمكن تسجيلها إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من قاضى الأمور الوقفية . وعلى كل حال تأخذ هذه المحررات في دفتر العرائض نمراً مسلسلته تحفظ لها دورها حتى يصدر أمر القاضى ، ويجب تقديم الطلب إليه في مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً ( ١ ) » .

( ١ ) أو من تاريخ أخذ المهر المدة المسجلة .

ونصت المادة ٥ من قانون التسجيل على أنه : تسهلاً لمرعاة ماورد في المادة الثالثة تقدم الحكومة لأرباب الشأن نماذج مطبوعة لأهم العقود التي يقضى القانون بتسجيلها .

ونصت المادة ٦ من قانون التسجيل على أنه : يجب التصديق على إضاءات وأختام الطرفين الموقع بها على المحررات العرفية المقدمة للتسجيل . ويكون التصديق بمعرفة أحد الموظفين أو المأمورين العموميين الذين يمتنون بالقرارات المنصوص عنها في المادة السابعة عشرة .

فيلخص إذن مايجب القيام به لتحرى الدقة في المحررات وإجابة الشهر في الأمور الآتية : (١) الدقة والتعريف بشخصية المتعاقدين . (٢) الدقة في تحديد ذاتية العقار وأصل ملكية البائع له . (٣) التصديق على إضاءات وأختام المتعاقدين .

### ٣٦٠ - ماعالجته قانونه التسجيل من وجهه النقصى في نظام الشهر

السابق عليه : ونرى مما تقدم أن قانون التسجيل عالج بعض وجوه النقص التي كانت بارزة في نظام الشهر الذي وضعه التتقين السابق . وأهم وجوه النقص التي عالجها هي :

أولاً - جعل التسجيل لازماً في نقل الحقوق الميئية ، لا بالنسبة إلى الغير فحسب ، بل أيضاً فيما بين المتعاقدين . فلدفع الناس بذلك إلى أن يحرموا على تسجيل العقود أكثر مما كانوا يفعلون في عهد التتقين اللدنى السابق ، حيث كان الحق المعنى يفضل دون تسجيل فيما بين المتعاقدين مما كان يفرى بالاكفاء بهذا الأثر . على أن ظاهرة الإهمال في تسجيل العقود لم تختف بالرغم من ذلك في عهد قانون التسجيل . وقد جعل هذا القانون تسجيل العقد بموجب ضرورياً حتى في مواجهة الموهوب له الذي سجل عقده قبل تسجيل المعاوضة ، وقد رأينا أن التتقين اللدنى السابق يقدم المشتري الذي لم يسجل عقده على الموهوب له الذي سجل الهبة .

ثانياً - تناول قانون التسجيل في وضوح العقود والأحكام الكاشفة عن

الحقوق العينية ، كالقسمة والصلح ، فأوجب تسجيلها ليجوز الاحتجاج بها على الغير .

ثالثاً - تناول قانون التسجيل دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع في العقد ودعوى الاستحقاق ، فأوجب شهرها ، وجعل الاحتجاج على الغير بالأحكام التي تصدر في هذه الدعاوى من تاريخ شهر صحيفة الدعوى لا من تاريخ شهر الحكم فحسب .

رابعاً - تناول قانون التسجيل الحقوق الشخصية المضمونة بتأمين عيني عقارى ، فأوجب شهر حوالتها أو رهنها أو حلول دائن جديد فيها محل الدائن الأصلي في الحق أو في المرتبة ، ليجوز الاحتجاج بذلك كله على الغير .

خامساً - اتخذ قانون التسجيل إجراءات حاسمة أوجب القيام بها لتحرى الدقة في تحرير العقود واجبة الشهر ، فخطا بذلك خطوة جدية نحو إدخال نظام السجل العقارى وما يتطلبه هذا النظام من الدقة التامة في ذلك . ففرض كما رأينا تحديد شخصية المتعاقدين وذاتية العقار وأصل ملكية البائع له ، وأوجب التصديق على الإضاءات والأختام توثيقاً للتزوير .

## ٢٦١- ما تركه قانونه التسجيل دوره عديم من عيوب نظام الشهر

السابق عليه : وإذا كان قانون التسجيل قد قطع مرحلة في التهديد لإدخال نظام السجل العقارى في مصر تحقيقاً للغرض الذى سن من أجله كما جاء في ديباجته (١) ، فإنه لم يقطع الطريق إلى نهايته ، بل ترك دون علاج كثيراً من عيوب نظام الشهر الذى قرره التقنين المبنى السابق . وأهم هذه العيوب التى بقيت لاصقة بنظام الشهر في عهد قانون التسجيل هي :

أولاً -بقى نظام الشهر نظاماً شخصياً وفقاً للأسماء لا تبعاً للعقار ، وقد

---

(١) فقد جاء في ديباجة هذا القانون : « ويهد الإطلاع على مافره مجلس الوزراء بتاريخ ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ من الموافقة مبدئياً على إدخال نظام السجلات العقارية في القطر المصرى . وحيث أنه يجب قبل إدخال هذا النظام في البلاد إجراء بعض تعديلات في النظام الحال الخامس بالحقوق العينية المتعارية » .

قدما أنه لا يتحول إلى نظام عيني إلا بإدخال نظام السجل العقارى .

ثانياً - ببقى الشهر لاحجية له فى ذاته ، فالعقد يشهر على علته ، فان كان باطلا يبقى باطلا ، وإن كان لا ينقل الحق العيني فهو لا ينقله حتى بعد الشهر . وقد قدما أن الحجية الكاملة المترتبة على الشهر فى ذاته لا تكون إلا بإدخال نظام السجل العقارى .

ثالثاً - بقيت جهات الشهر متعددة ، وبقي الشهر جازماً فى المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية ، كما كان الأمر فى عهد التقنين المدنى السابق .

هذه هى العيوب الرئيسية الثلاثة التى لم يعالجها قانون التسجيل ، وكان من المتعذر عليه معالجتها قبل إلغاء الامتيازات الأجنبية أو التخفيف منها بالنسبة إلى تعدد جهات الشهر ، وقبل إدخال نظام السجل العقارى بالنسبة إلى النظام الشخصى وإلى الحجية غير الكاملة للشهر .

يضاف إلى هذه العيوب الرئيسية عيبان آخران ، كان فى استطاعة المشرع أن يعالجهما فى قانون التسجيل لو أنه توخى مزيداً من العناية ، وهذان العيبان هما :

أولاً - لم يستقص قانون التسجيل استقصاء تاماً المحررات التى يجب شهرها . فهو قد اقتصر فى التصرفات القانونية على العقود ما بين الأحياء ، فترك التصرفات الصادرة من جانب واحد كالوقف إذ ببقى شهره مقصوراً على المحاكم الشرعية ، وترك كذلك التصرفات والوقائع التى تنقل الملك بسبب الموت وهى الوصية والإرث ، وعدم شهرها ثغرة واسعة فى نظام الشهر الذى قرره التقنين المدنى السابق ، فبقي ثغرة واسعة فى نظام الشهر الذى قرره قانون التسجيل . وترك أيضاً دون شهر القرارات الإدارية التى تنقل الملك كرسوم نزاع الملكية وكاذن الحكومة فى إحياء الأرض الموات وكقرارات وزير المالية فى توزيع طرح البحر . ولم ينص صراحة على شهر دعوى صحة التماقذ مع أهمية النص على ذلك ، وإن كانت محكمة النقض أدخلت هذه الدعوى فى شيء من التجاوز ضمن دعاوى الاستحقاق .

ثانياً - لم يجمع قانون التسجيل نظام القيد إلى نظام التسجيل ، بل فرق بينهما ، فتكفل هو بنظام التسجيل وترك نظام القيد كما كان منصوصاً عليه في التقنين المدنى السابق . وهذا عيب استحدثه قانون التسجيل إذ لم يكن موجوداً في التقنين المدنى السابق ، فقد كان هذا التقنين يشتمل على النظامين معاً وإن تنأثرت النصوص في أماكن متفرقة متباعدة . وكان الخير أن يجمع التسجيل والقيد في نظام واحد ، وأن يلثم شتات النصوص المتفرقة التى تعرض لكل من الأمرين . ولو فعل قانون التسجيل ذلك ، لأمكن تدارك عيب وقع فيه التقنين المدنى السابق ، وهو إبقاء بعض الحقوق العينية التبعية - رهن الحيازة العقارى وامتياز بائع العقار - خاضعة لنظام التسجيل دون نظام القيد الذى كان من الواجب أن تخضع له كل الحقوق العينية التبعية .

### المرحلة الرابعة - فى نظام الشهر فى قانون تنظيم الشهر العقارى

#### ٢٦٢ - الظروف المعبودة لصور هذا التشريع : تبيأت

الظروف للتقدم بنظام الشهر مرحلة رابعة . فقد كانت العيوب التى لم يعالجها قانون التسجيل ، والتى أشرنا إليها فيما تقدم ، عيوباً جديده تحول دون سرعة الأخذ بنظام السجل العقارى . ثم إن نظام الامتيازات الأجنبية ، عند ما كان متغلغلا فى مصر ، منع من توحيد جهات الشهر كما رأينا . فعند ما لاحت بارقة فى إلغاء هذا النظام ، ثم عند ما تقرر إلغاؤه فعلا ، ودخلت مصر فى مرحلة انتقالية مدتها اثنا عشرة من سنة ١٩٣٧ إلى سنة ١٩٤٩ تمهد لإلغائه إلغاء تاماً ، كانت الظروف مواتية للنظر فى توحيد جهات الشهر حتى قبل إلغاء نظام الامتيازات وفى أثناء مرحلة الانتقال وقد أوشكت على الانقضاء .

هذه الظروف مجتمعة حيات الجو لإصدار تشريع جديد يعالج العيوب التى تركها قانون التسجيل دون علاج فى نظام الشهر ، وبوجه خاص يوحد جهات الشهر فى جهة واحدة فتزول المساوئ الناجمة عن تعدد الجهات . وقد كان التقنين المدنى الجديد فى طريقه إلى الصلور وقت ذلك ، وكان من الممكن تضمينه هذا التشريع الجديد . وقد تضمنه المشروع النهائى للتقنين الجديد فعلا ،



لولا أن اللجنة التشريعية لمجلس النواب رأت جعل نظام الشهر العقارى فى قانون خاص منفصل عن التقنين المدنى ، لأنه على كل حال قانون موقت الغرض منه التمهيد لإدخال نظام السجل العقارى فى مصر ، فصبره حتا إلى الزوال بمجرد إدخال هذا النظام .

فصل قانون تنظيم الشهر العقارى - وهو قانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ - فى ١١ من شهر أغسطس سنة ١٩٤٦ ، ليكون معمولاً به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧ . وهذا هو التشريع المعمول به فى الوقت الحاضر ، ويسرى على جميع المحررات واجبة الشهر التى تصدر من تاريخ العمل به . أما المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ فيسرى عليها قانون التسجيل ، ويسرى على المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ نصوص التقنين المدنى السابق ، وقد تقدم ذكر ذلك .

فنتعرض أهم نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى ، ثم نبين وجوه الإصلاح التى حققها ، والميوب التى تركها دون علاج إلى أن يتم إدخال نظام السجل العقارى فى مصر .

### ٢٦٣ - أهم نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى : نتناول نصوص

قانون تنظيم الشهر العقارى توحيد جهات الشهر والمحررات الواجب شهرها وإجراءات الشهر .

أولاً - توحيد جهات الشهر : وجد قانون تنظيم الشهر العقارى جهات الشهر فى جهة واحدة هى مكاتب الشهر العقارى ، وألغى الجهات المتعددة التى كان الشهر يتم فيها بالناء أقلام التسجيل الملحقة بالحاكم الوطنية والمختلطة والشريعة . نرى ذلك فى النصوص الآتية :

نصت المادة الأولى من هذا القانون على أن تنشأ فى المديريات والمحافظات مكاتب للشهر العقارى تتولى شهر المحررات التى تقضى القوانين بتسجيلها وبقيدها . وتتبع هذه المكاتب وزارة العدل ، ويعين بمرسوم مقرر كل منها دائرة اختصاصه ، ويلحق بكل مكتب مأموريات يعين بقرار وزارى مقرر كل منها دائرة اختصاصه .

ونصت المادة ٢ على أن « ينشأ مكتب رئيسى مقره مدينة القاهرة يرأسه أمين عام يعين بمرسوم ، ويتولى هذا المكتب إدارة مكاتب الشهر العقارى ومراقبتها وحفظ صور لجميع المحررات التى شہرت فيها وصور من الفهارس الخاصة بها » .

ونصت المادة ١/٥ على أن « يختص كل مكتب من مكاتب الشهر دون غيره بشهر المحررات المتعلقة بالعقارات التى تقع فى دائرة اختصاصه » .

ونصت المادة ٤ على أن « تلغى أرقام التسجيل الملحقة بالمحاكم الوطنية والمختلطة والشرعية ، وتحل محلها مكاتب الشهر العقارى . ويحال ما بهذه الأرقام وما بمصلحة المساحة من السجلات والفهارس وغير ذلك من الوثائق الخاصة بشهر المحررات إلى هذه المكاتب » .

**ثانيا - المحررات الواجب شهرها :** وأما المحررات الواجب شهرها ، فقد جمع القانون فى ذلك بين المحررات التى تخضع فى شهرها لنظام التسجيل وتلك التى تخضع لنظام التقييد .

**١ - فالمحررات التى تخضع لنظام التسجيل** استقصاها القانون فى التصرفات سواء كانت منشئة أو كاشفة ، وفى واقعة الإرث ، وفى الدعاوى . وقد تناولت المواد ٩ إلى ١١ التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة . فورد النص عاما فى التصرفات المنشئة ، وأدخلت جميع التصرفات سواء كانت صادرة من الجانبين كالعقود أو من جانب واحد كالوقف ، وسواء كانت بين الأحياء كالبيع أو بسبب الموت كالوصية . فدخل بذلك فى التصرفات واجبة الشهر الوقف والوصية وقد نص القانون على ذلك صراحة ، وكان هذان التصرفان لا يتناولهما قانون التسجيل كما سبق القول . وجعل الجزاء على عدم التسجيل فى التصرفات المنشئة أن الحق العيى لا ينتقل لا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين ، أما فى التصرفات الكاشفة فترتب على عدم التسجيل أن الحق العيى لا يكون حجة على الغير فقط . وألحق بالتصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة الإيجارات والسندات التى ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على

سبع سنوات والمخالصات والحوالات (١) بالأجرة مقدما لأكثر من ثلاث سنوات ، وبذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك . ونورد هذه النصوص :

نصت المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن « جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ، ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية . وبترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المسجلة مع الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن » (٢) . ونصت المادة ١٠ على أن « جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية

---

(١) وقد رأينا أن كلا من التفتين المدعى السابق وقانون التسجيل لم يذكر الحالة بالأجرة إلى جانب المخالصة .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية تعليقا على هذا النص إنه مقتبس من المادة الأولى من قانون التسجيل مع إدخال تعديلات عليها . وأهم هذه التعديلات استبدال كلمة « التصرفات » بكلمة « العقود » لأنها أشمل فى مدلولها ، فهى تتناول إلى جانب العقود والاتفاقات الأعمال القانونية التى تصدر من جانب واحد ، فيقع فى حكم النص الوقف والتصرفات الإدارية التى تتناول حقوقا عينية عقارية كتراسيم نزع الملكية للمنفعة العامة والإذن الذى تعطيه الحكومة فى إحياء الأرض الموات وقرارات وزير المالية بتوزيع البحر عملا بأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٣ . كذلك حذف من النص عبارة « الصادرة بين الأحياء » حتى يشمل مدلوله التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت كالوصية .

هذا وقد قدما أن قانون التسجيل كان لا يوجب تسجيل التصرفات الإدارية التى تتناول حقوقا عينية عقارية . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الحكم لا يكون قد أعطى إذ قضى بتثبيت ملكية المفقود لأهلان من طرح البحر بمقدور غير مسجلة فى ظل القانونين رقمى ١٨ و ١٩ لسنة ١٩٢٣ ، وذلك أن هذين القانونين لم يوجبا تسجيل القرارات الإدارية لتوزيع طرح البحر . ولا يغير من هذا النظر أن تكون المادة التاسعة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ تشمل نصها إلى جانب العقود والاتفاقات الواجب شهرها التصرفات الإدارية التى تتناول حقوقا عينية عقارية كقرارات وزير المالية بتوزيع طرح البحر ، أو أن تكون المادة العاشرة من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ تلغى طرح البحر وأكمله قد نصت على أن يوزع طرح البحر بقرار من وزير المالية ويكون مستأ له قوة المقتضى الرسمى وأن يسجل بدون رسم ، إذ ليس لهذين القانونين أثر رجعى فلا يريان على القرارات السابقة عليهما ( نقض مدق ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠ ص ١٥٤ ) .

الأصلية يجب كذلك تسجيلها ، ويرتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير . ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ، ولو كان محلها أموالاً موروثة (١) . ونصت المادة ١١ على أنه « يجب تسجيل الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات ، والمحالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك . ويرتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة في حق الغير فيها زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة إلى الإيجازات والسندات ، وفيها زاد على أجرة ثلاث سنوات بالنسبة إلى المحالصات والحوالة » .

وتناولت المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً ، وهي واقعة الإرث ، فأخضعتها للشهر لما في شهرها من أهمية بالغة ، لإذ هي من أكثر الأسباب شيوعاً في نقل الملكية كما سبق القول . فنصت على أنه « يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشارات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث ، مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية ، وذلك بدون رسم . وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه

---

(١) وقد ورد النص صراحة على قسمة الأموال الموروثة لأنها كانت محل لبس في وجوب تسجيلها في عهد قانون التسجيل . ويرجع السبب في ذلك إلى أن الأثر الكاشف لقسمة الأموال الموروثة يحصل انتقال الملكية بسبب الوفاة ، وانتقال الملكية بسبب الوفاة لم يكن خاضعاً للغير في عهد قانون التسجيل . ولكن الرأى في قنفته والقضاء في ذلك العهد هو تسجيل قسمة الأموال ولو كانت موروثة ، لأن القسمة جعلت المال الموروث مفرقاً بعد أن كان شاملاً ( الارتداد محمد علي إمام فقرة ١٦٢ ص ٢٤٩ ) .

هذا وإذا تعارض تصرف مني مع تصرف كاشف ، فالعبرة بالأصلية في التسجيل ، لأن كلا للتصرفين لا يتخذ في حق الغير إلا بالتسجيل . وقد قضت محكمة النقض بأن التبرك في ملكه شائع الذي يتصرف في حقه الشائعة بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر مثلاً للمشتري منه إذا سجل هذا الأخير قد شرأه وانتقلت إليه بملك ملكية الحصص المبيعة قبل انتهاء إجراءات القسمة ، ففصلت محكمة النقض بعد البيع على الحكم بالقسمة لأن عقد البيع سجل أولاً ( نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ هجوة أحكام النقض ٤ رقم ٥٤ ص ٣٧٠ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ هجوة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٥ ص ١٣٧٥ ) .

الحقوق (١) . ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة ، وفي هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة (٢) . وقد بينت المواد ٤٨ إلى ٥٣ الإجراءات التي تتبع في شهر حق الإرث . وأخضعت المادة ١٤ الديون العادية لدائني التركة للشهر ، فنصت على أنه ويجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها . ويحتاج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير (٣) .

وتناولت المواد ١٥ إلى ١٧ الدعاوى الواجب شهرها ، وهي جميع الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف القانوني الذي يتضمنه المخرج واجب

---

(١) وقد قضت محكمة دمنهور الكلية بأن القانون لا يحس مبدأ أيلولة العقارات إلى الوارث بمجرد تحقق وفاة المورث وقام سبب الإرث ، دون أن يعتبر حق الإرث تصرفاً من التصرفات القانونية . لذلك لم يمد هناك وجه لجل انتقال حق الملكية إلى الوارث متوقفاً على شهره . لكن إذا أراد الوارث أن يجري حل عقار تلقاه بالميراث أي تصرف ، واحتاج الأمر إلى شهر هذا التصرف الأخير ، فإنه على الوارث أن يقدم أولاً بشهر حق الإرث . وعلم القواعد هي التي يقتضي الأخذ بها متناسبة حل الوقت على غير جهات البر ( دمنهور الكلية ٢٨ مارس سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٥٧٦ ص ١٧٥٤ ) .

(٢) ومن ثم إذا أراد الوارث التصرف في عقار معين في التركة ، لم يلزمه أن يشهر حق الإرث من عقارات التركة جميعها ، بل يقتصر على شهر حق الإرث في هذا العقار وحده . ولكن يفترض في هذه الحالة أن هذا العقار وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة ، فلا يستلزم الوارث أن يتصرف في العقار إلا بقدر حصته في التركة ( الأستاذ محمد حل امام فقرة ١٧٦ ص ٢٩٤ ) .

(٣) وإذا لم يشهر الوارث حق الإرث لعدم صدور تصرف منه يقتضي هذا الشهر ، كان لدائن التركة أن ينفذ حل أعيان التركة وهي في يد الوارث . وإذا لم يستطع الدائن أن يؤشر عليه بحيث يكون تأشيرته نافذاً في حق المشتري لعقار من الوارث ، كان الدائن أن ينفذ بينه حل أموال التركة الأخرى التي تبقى في يد الوارث ( الأستاذ محمد حل امام فقرة ١٧٦ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٦ ) .

وهذا وتأثير الدائن بحقه ليس لازماً إذا عين التركة مصرف ، إذ يكفي قيد الأمر بصين المصرف في السجل الممد لذلك في المحكمة ( م ٨٧٩/٢ و ٩١٤ مدني ) .

الشهر وجوداً أو صحة أو نفاذاً . فعمم النص عما كان عليه في قانون التسجيل ، وأصبحت دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والوجوع غير مذكورة على سبيل الحصر بل على سبيل التمثيل (١) . فتدخل بذلك الدعوى البولصية ضمن الدعاوى الواجبة الشهر لتكون حجة على الغير الذي يتعامل مع من تصرف له المدين ، إذ هي دعوى عدم نفاذ وليست بدعوى إبطال (٢) . وذكرت النصوص أيضاً دعوى الاستحقاق (٣) ، ولم تقبل دعوى صحة التعاقد بل أفرقتها بالنص إذ هي في الواقع ليست بدعوى استحقاق بالرغم من أن محكمة النقض أدرجتها ضمن دعاوى الاستحقاق لتتلاقى جيب إغفالها في قانون التسجيل . ونورد الآن هذه النصوص :

نصت للمادة ١٥ على أنه « يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف

(١) ويريد فرق آخر بين قانون التسجيل وقانون الشهر في حجية تسجيل الدعوى . ففي قانون التسجيل لا يحسم الغير الذي سجل حقه قبل تسجيل الدعوى إلا إذا كان دائماً مرتباً حسن النية ، أما في قانون الشهر فيحسم صاحب أي حق عيني حسن النية كالشترى وصاحب حق الانتفاع ، ولا تقتصر الحماية على الدائن المرتب ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر فقرة ٢٥٩ في الهامش) .

(٢) وقد استبدل المشرع عبارة « الواجبة الشهر » بعبارة « الواجبة التسجيل » الواردة في المادة ٧ من قانون التسجيل ، فأصبح نص قانون الشهر يتسع لدعاوى الطعن في المحررات التي تظهر بطريق القيد كدعوى شطب الرهن ( الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧٤ ص ١٩٧ من ١٩٨) .

(٣) ولا تزعج عبارة « دعوى الاستحقاق » على إطلاقها ، ولا يقصد بها الدعوى التي يرفضها المالك الحقيقي على واضح اليد لاسترداد عقاره « فإن هذه الدعوى إذا سجلت وحكم المالك الحقيقي بملكه للعقار كان هذا الحكم حجة للشترى من واضح اليد ولركان حسن النية وسجل عند شرائه قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق . وإنما يقصد بدعوى الاستحقاق الدعوى التي يرفضها المالك على واضح اليد في الأحوال التي يكون فيها تصرف واضح اليد في العقار نافذاً في حق المالك كدعوى الاستحقاق التي يرفضها المالك ضد الوارث الظاهر ودعوى الصورية التي يرفضها البائع بمقتضى صوري ضد المشتري . فإذا باع الوارث الظاهر العقار لمشتري حسن النية وسجل المشتري عند شرائه قبل تسجيل دعوى الاستحقاق ، لم يسر الحكم بالاستحقاق في حق المشتري . وإذا باع المشتري بمقتضى صوري العقار لمشتري آخر حسن النية وسجل هذا المشتري الآخر عند شرائه قبل تسجيل دعوى الصورية ، لم يسر الحكم بالصورية في حق المشتري الآخر . ( قارب الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧٤ من ١٩٨ - الأستاذ عبد المنعم الهمدان فقرة ٢٠٣ ص ٣٠٥ - استئناف غلط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٢ م ٤٥ ص ١٣٩ ) .

الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى . ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأثير بها على حسب الأحوال ، كما يجب تسجيل دعاوى صحة التناقد على حقوق عينية عقارية . وتحصل التأثيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وتبديدها بمجدول المحكمة . ونصت المادة ١٦ على أن « يؤشر بمنطوق الحكم النهائي فى الدعاوى الميئة بالمادة السابقة فى ذيل التأثير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها » . ونصت المادة ١٧ على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأثير بها أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأثير بها . ولا يكون لهذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما (١) » .

## ب - والمحررات التى تخضع لنظام الغير جمعها قانون الشهر مع

المحررات التى تخضع لنظام التسجيل ، فتناولتها المواد ١٢ و ١٩ و ٥٨ ، فأخضعت

(١) كانت المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى تنص فى فترة ثالثة على ما يأتى : « وينبذ الغير حسن النية إذا كان لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب الذى تستند إليه الدعوى » . وقد تبين أن ذكر هذه الفقرة جاء على سبيل الخطأ المامى ، ولذا صدر مرسوم ٢٩ من ديسمبر سنة ١٩٤٧ يمنحها تصحيحاً كنص (الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٢٥ ص ١٩٩ هامش رقم ٢) . والغير الذى كسب حقه وسجل قبل تسجيل صحيفة الدعوى يجب أن يكون قد كسب الحق بمقد جدى لا بمقد ضرورى ولا بمقد باطل بطلاناً مطلقاً ، لأن التسجيل لا يمكن أن يرتب بمقد الضرورى ولا بمقد الباطل آثاراً قانونية لم تكن له ، فبقت فى مقابل المفاضلة مع مقد جدى ولو كان غير مسجل (نقض مقد ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤ ص ٥٩ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٠٦ - ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٥ ص ٤٠٥ - ٣ يونيو سنة ١٩٤٣ المجموعة ٢٦ رقم ٨٧ ص ٢٢٠ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ المجموعة ٢٦ رقم ١٨٤ ص ٤٧٣ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ المجموعة ٢٠ رقم ٤٣٣ ص ٩٧٠ - استئناف غنطط ٢٤ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ١٣٩ وقد سلت الإشارة إليه - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧٥ ص ٢٠١ - الأستاذ عبد النعم البدوي ص ٢٠٢ ص ٢٠٤ - ص ٢٠٥ ) .

لنظام التقييد الحقوق العينية العقارية التبعية وكذلك تغيير الدائن الأصلي في الدبون المضمونة بتأمين عيني عقارى .

أوجبت المادة ١٢ شهر التصرفات المتعلقة بحق عيني عقارى تبعى ، أى لتأمين عيني عقارى ، وذلك عن طريق التقييد . فنصت على أن جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق التقييد ، ويترتب على عدم التقييد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير . فوجب إذن قيد حق الرهن الرسمى وحق رهن الحيازة العقارى (٢) . وحق الاختصاص وحقوق الامتياز (٢) . وبدخل في حقوق الامتياز حق امتياز بائع العقار ، فهذا الحق لا يكون شهره إلا عن طريق التقييد ، وكان قبلاً يكتفى في شهره بتسجيل عقد البيع الذى يذكر فيه بقاء الثمن أو جزء منه فى ذمة المشتري . وقد احتاط المشرع ، فيما يتعلق بحق رهن الحيازة العقارى وبحق امتياز بائع العقار السابق تسجيلهما طبقاً للأحكام التى كان معمولاً بها فى الماضى على ما قلنا ، فأوجب على أصحاب هذين الحقين أن يقوموا بقيد حقوقهم حتى يمكن العثور عليها ضمن الحقوق المقيدة عند البحث ، وحتى يجب تجديد التقييد كل عشر سنوات كما هو الحكم فى القيود . فنصت المادة ١/٥٨ على ما يأتى : « على أصحاب رهن الحيازة العقارى وحقوق الامتيازات العقارية السابقة أن يقوموا بقيد حقوقهم فى خلال عشر سنوات من تاريخ تسجيل العقود المرتبة لها أو فى خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون (٢) ، أى المدتين أطول . فإذا لم يتم التقييد فى خلال المدة المتقدمة ، لا يكون الحق بعد اقتضاها نافذاً بالنسبة إلى الغير . ويترتب على إجراء التقييد المذكور حفظ مرتبة الحق من تاريخ تسجيل العقد المرتب له » . وقد بينت المواد ٣٠ و ٤١ إلى ٤٧ الإجراءات الواجب اتباعها

(١) وكان هذا الحق قبل ذلك غائماً دون مجرد لنظام التسجيل ، كما سبق القول .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى : « لم تتناول المادة ١٢ غير التصرفات المنشئة أو المقررة لحقوق العينية العقارية التبعية ، أما التصرفات التى تتناول نقل هذه الحقوق أو تغييرها أو زوالها بطريق شهرها هو التأثير فى مامش قيدها الأصل » .

(٣) صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٧ بمدد المدة المحددة فى هذا النص ستة أخرى تنهى فى آخر ديسمبر سنة ١٩٤٨ .



لتقيد الحقوق العينية العقارية التبعية ، ولتجديد التقيد ، ولحجوه ، ولإلغاء المحور .  
أما فيما يتعلق بتغيير الدائن الأصلي بدئن جديد في الديون المضمونة بتأمين  
عيني عقارى ، فقد نصت المادة ١٩ على أنه لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل  
حق مضمون بقيد أو برهنه ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل  
الدائن في هذا الحق بحكم التمانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بمجرد القيد  
أو بالتنازل عن مرتبة القيد ، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي .

**ثالثاً — إجراءات الشهر :** أما إجراءات الشهر التى رسمها قانون تنظيم  
الشهر العقارى فلا تقل فى الدقة عن الإجراءات التى رسمها قانون التسجيل ،  
بل تزيد . فأوجب القانون فى طلب الشهر أن يشتمل على بيانات نصت عليها  
المادة ٢٢ على الوجه الآتى : ( أولاً ) البيانات الدالة على شخصية كل طرف ،  
وعلى الأخص اسمه ولقبه وسنه وجنسيته وعمل وإقامته واسم أبيه وجده لأبيه .  
( ثانياً ) بيان صفات من يقومون مقام غيرهم ومدى سلطاتهم . ( ثالثاً ) البيانات  
اللازمة والمفيدة فى تعيين المقار ، وعلى الأخص بيان موقعه ومساحته وحدوده .  
فإن كان من الأراضى الزراعية وجب ذكر اسم الناحية والحوض ورقم القطعة ،  
وإن كان من أراضى البناء أو من المقارات المبنية وجب ذكر اسم القسم والشارع  
والحارة إن وجد . ( رابعاً ) موضوع المحرر المراد شهره وبيان المقابل أو مقدار  
الدين إن وجد . ( خامساً ) البيانات الخاصة بالتكليف إذا كان موضوع المحرر  
يقضى تغييراً فى دفاتر التكليف . ( سادساً ) البيانات الخاصة بأصل حق الملكية  
أو الحق العيني محل التصرف ، وذلك فى العقود والإشهادات وأحكام صحة التعاقد .  
ويجب أن تشتمل هذه البيانات على اسم المالك السابق أو صاحب الحق العيني  
وطريق انتقال الملكية أو الحق العيني منه ورقم وتاريخ شهر عقد التملك إن كان  
قد شهر . ( سابعاً ) بيان الحقوق العينية المقررة على المقار المتصرف فيه  
وعلى الأخص اتفاقات الرى والصرف .

وتعبد مأمورية الشهر للطالب نسخة من الطلب مؤشراً عليها برأبها فى قبول  
لإجراء الشهر أو ببيان ما يجب أن يستوفى فيه . ويقدم صاحب الشأن بعد التأشير  
على الطلب بقبول إجراء الشهر مشروع المحرر المراد شهره للمأمورية المختصة

ومعه الصورة المؤشر عليها من هذا الطلب . وتؤشر الأمور على مشروع المحرر بصلاحيته لشهر بعد التثبت من مطابقة البيانات الواردة فيه لبيانات الطلب الخاص به . وتقديم لمكتب الشهر المختص المحررات التي تم التأشير على مشروعاتها بصلاحيته للشهر ، بعد توقيعها أو بعد التصديق على توقعات ذوى الشأن فيها إن كانت عرقية . ويحصل التأشير على المحررات الواجب شهرها بطريق التسجيل ، وعلى قوائم القيد في حالة المحررات الواجب شهرها بطريق القيد ، ويتم التصوير والحفظ وغير ذلك من الإجراءات طبقاً للأنظمة التنفيذية لقانون تنظيم الشهر العقارى المنصوص عليها في المادة ٨ من هذا القانون ( المواد ٢٢ و ٢٦ و ٢٨ و ٢٩ و ٣٢ من قانون تنظيم الشهر العقارى ) .

#### ٢٦٤ - وجوه الإصلاح التى مقفها قانونه تنظيم الشهر العقارى:

حقن قانون تنظيم الشهر العقارى وجوه الإصلاح التى هياتها الظروف فيما قدمناه . فى مرحلة الانتقال إلى إلغاء الامتيازات الأجنبية تمكن من توحيد جهات الشهر ، ثم أدمج نظام القيد فى نظام الشهر ، واستقصى المحررات الواجب احصاؤها للشهر فاستكمل ما نقص منها ولم يكن من قبل خاضعاً لهذا النظام . هذه وجوه إصلاح ثلاثة رئيسية حققها قانون تنظيم الشهر العقارى ، نقول كلمة موجزة عن كل منها .

١ - أولاً - وحد القانون جهات الشهر ، فبعد أن كانت جهات ثلاثاً فى عهد التقنين المدنى السابق وفى عهد قانون التسجيل ، إذ كان يجوز الشهر فى المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية ، أُلغى القانون هذه الجهات الثلاث وأنشأ مكاتب موحدة للشهر تحت إشراف مكتب رئيسى عام . وفى مكاتب الشهر هذه ومأمورياتها المنتشرة فى المدن والأقاليم ، تتركز الإجراءات اللازمة لشهر المحررات الواجبة الشهر . وهذا هو أهم إصلاح حققه القانون الجديد ، وبه بدأت نصوصه . ولا شك فى أن توحيد جهات الشهر خطوة كبرى فى طريق إدخال نظام السجل العقارى فى مصر .

وبلاحظ فى هذه المناسبة أن التقنين المدنى الجديد لم يعسق مع قانون تنظيم الشهر العقارى ، من ناحية توحيد جهات الشهر ، فى مسألتين : إجراءات

الإعصار وإجراءات تصفية التركة . وكان ينبغي أن يكون شهر صحيفة دعوى الإعصار والأمر بتعيين المصنف التركة في مكتب الشهر لافي قلم كتاب المحكمة ، كما هي الحال في التأشير بالديون العادية على التركات وكما هي الحال في شهر حق الإرث ، فان كل هذا يتم شهره في مكاتب الشهر لافي أقلام كتاب المحاكم .

ثانياً - ضم القانون الجديد نظام التسجيل ونظام القيد في صعيد واحد ، فأصلح عيياً وقع فيه قانون التسجيل إذا فصل هذا القانون كما رأينا نظام التسجيل عن نظام القيد الذي بقى خاضعاً لنظام التقنين المدني السابق .

وقد كان لهذا الإدماج أثر مباشر في إصلاح عيب آخر وقع فيه كل من التقنين المدني السابق وقانون التسجيل ، في شأن إخضاع الحقوق العينية العقارية التابعة لنظام واحد في الشهر . فقد كان بعض هذه الحقوق ، في التقنين المدني السابق وفي قانون التسجيل ، يخضع لنظام القيد كما ينبغي ، وبعضها - وهن الحياة العقارية وحق امتياز بائع العقار - يخضع دون مبرر لنظام التسجيل . فلما عالج القانون الجديد الموضوع علاجاً شاملاً ، فعرض للتأمينات العينية العقارية في نصوص خاصة بها ولم يكتف بالإحالة فيها إلى نصوص التقنين المدني ، كان من الطبيعي أن يتوجه لإصلاح هذا العيب . فخصص على إخضاع جميع الحقوق العينية التابعة لنظام القيد ، ولم يكن معقولاً أن يستثنى منها أى حق . بل إن زاد على ذلك ، فأوجب قيد التأمينات السابقة على العمل به والتي كانت تخضع لنظام التسجيل ، فأصبحت هذه التأمينات خاضعة للقيد شأنها في ذلك شأن سائر التأمينات . وأصبح من الواجب تجديد قيدها كل عشر سنوات ، وبذلك يسر لأصحاب الشأن البحث عما ينقل العقار من تأمينات فلا يذهبون في ذلك إلى أبعد من عشر سنوات .

ثالثاً - استقصى القانون الجديد المحررات الواجب إخضاعها للشهر ، فلم يترك أغترات كذلك التي تركها قانون التسجيل .

فالتصرف الصادر من جانب واحد كالوقف والتصرف الناقل للملك بسبب الموت وهو الوصية ، أخضعهما للشهر بعموم النص أولاً ثم بالنص عليها خاصة .

وأضاف إليهما الإرث ، وهو وإن كان واقعة مادية من أوسع الأسباب انتشارا في نقل الملك وعدم شهره يحدث ثغرة كبيرة في نظام الشهر .

هذا إلى أن القرارات الإدارية الناقلة للملك أصبحت هي أيضاً خاضعة للشهر لدخولها في عموم نص المادة التاسعة ، فهي تصرفات من شأنها نقل حق الملكية العقارية ، فوجب أن تكون خاضعة لنظام التسجيل . فراسم زرع الملكية للمنفعة العامة ، ومراسم تقسيم الأراضي الصادرة بناء على القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ ، وقرارات توزيع طرح البحر ، وقرارات ردم البرك والمستنقعات ، والإذن بإحياء الأرض الموات ، كل هذه تصرفات إدارية يجب تسجيلها (١).

وإلى جانب ذلك سد القانون الجديد نقصاً ملحوظاً في استقصاء المحررات الواجبة الشهر في محررات ثلاثة : دعوى صحة التعاقد والدعوى البولصية والحوالة بأكثر من أجرة ثلاثة سنوات مقدماً (٢) وقد سبقت الإشارة إلى كل ذلك (٣).

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الشهر بند ١٨ - وانظر الدكتور محمود شوقي « الشهر العقاري علماً وعملًا » ص ٣٩٨ ص ٣٩٩ - ولم تكن هذه التصرفات الإدارية واجبة التسجيل قبل قانون سنة ١٩٤٦ م لأن ملك يتصرف إداري صدر قبل السبل بقانون الشهر يستلزم دون أن يسجل هذا التصرف ، أن يشفع بما ملك ( نقض مدق ١٠ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣١ ص ٩٠٢ ) .

(٢) وكان إجماع الفقه والنقضاء في عهد قانون التسجيل وجوب تسجيل الحوالة بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً ، وإن لم يرد بها النص كما ورد في قانون الشهر العقاري ، وذلك قياساً على القاطعة بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً .

(٣) أما في دعوى الشفعة ، فليس واجباً شهر الإنذار الرسمي الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفع . ولكن يجب تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ( م ١/٩١٢ مدق ) ، فلا يصرى في حق الشفع أي رهن رسمي أو أي حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أي بيع صمد من المشتري ، ولا أي حق عيني رتبه أو ترتب ضده إذا كان ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، ويقتض مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار ( م ٩١٧ مدق ) . ولا تخضع عريضة دعوى الشفعة للشهر ، ولحكم بالشفعة يجب تسجيله ( م ٩١٤ مدق ) ويؤثر به على هامش تسجيل إعلان الرغبة وعلى هامش تسجيل البيع الأصل إذا كان هذا البيع قد سجل .

وغنى عن البيان أن القانون الجديد ، مع تحقيقه لوجوه الإصلاح المتقدمة الذكر ، احتفظ في الوقت ذاته بالمزايا التي حققها قانون التسجيل . فنرض إجراءات دقيقة للتحري عن صحة الخرواا ، بل هو قد سار في هذا الطريق شوطاً أبعد من قانون التسجيل وحسم الخلاف في شأن العقود الكاشفة ، وجعل التسجيل في التصرفات المنشئة ضرورياً لنقل الحق العيني لا في حق الغير فحسب بل أيضاً فيما بين المتعاقدين ، وغير ذلك من المزايا التي سبق بيانها .

٢٦٥ - مابنى دوده عروج من العيوب : على أن هالك عيبين جوهرين باقين في نظام الشهر ، لم يستطع قانون تنظيم الشهر العقاري معالجتهما . فلا يزال النظام نظاماً شخصياً بحسب الأسماء لا بحسب العقار ، ولا يزال الشهر ليست له حجية كاملة في ذاته .

وما كان قانون تنظيم الشهر العقاري يستطيع معالحة هذين العيبين ، فإن العلاج الوحيد لهما هو إدخال نظام السجل العقاري في مصر ، وإدخال هذا النظام لن يكون إلا على سبيل التدرج لفتت الأراضي وانتشار الملكيات الصغيرة في أرجاء مصر منذ أمد بعيد (١) .

#### ٢٦ - تطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة

٢٦٦ - عمرامه : ونقصر الآن بحثنا على تطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة ، وهو الموضوع الذي نعالجه في هذا الجزء من الوسيط . ونطبق أحكام

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون تنظيم الشهر العقاري : « غير مستلح إدخال نظام السجلات البنية وتطبيقه إلا على سبيل التدرج ، إذ من جانب لم تتم إعادة مساحة البلاد جميعها . وحتى في المناطق التي تمت فيها المساحة الحديثة وهي تلغ نصف مساحة البلاد تقريباً ، لن يستلح إدخال هذا النظام عليها دفعة واحدة بسبب عدم دقة البيانات الخاصة بالملكية والحقوق العينية . ولذلك فالفرع الذي يبله بتطبيق هذا النظام في مناطق محصورة الواحدة تلو الأخرى ، ومؤدى هذا أن بقية المناطق يظل يعمل فيها بنظام التسجيل الشخصي . ولذلك وجبت المبادرة إلى معالجة العيوب التي أسفر عنها العمل واستكمال وجوه النقص ، ليتيسر تطبيق النظام الجديد عليها » ( المذكرة الإيضاحية بتد ٩ ) .

التسجيل على عقد البيع من الناحية الموضوعية دون ناحية الاجراءات ،  
فقد سبق أن تناولنا ناحية الاجراءات بوجه عام ودخل فيها عقد البيع  
كسائر التصرفات .

ويجب أن نميز بين عهدتين : (أولاً) عهد التقنين المدنى السابق (ثانياً) عهد  
قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى ، فان أحكام التسجيل بالنسبة إلى  
عقد البيع واحدة فى هذين القانونين .

### أولاً - عهد التقنين المدنى السابق

#### ٢٦٧ - التمييز بين انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وانتقالها

بالنسبة إلى الغير : التمييز الجوهري الذى يبرز فى عهد التقنين المدنى السابق ،  
من حيث أثر أحكام التسجيل فى عقد البيع ، هو التمييز بين انتقال الملكية فيما  
بين المتعاقدين حيث يتم ذلك دون حاجة إلى تسجيل عقد البيع ، وانتقالها  
بالنسبة إلى الغير حيث لا يتم ذلك إلا بالتسجيل .

#### ٢٦٨ - انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين لا حاجة فيه إلى

التسجيل : - التنازع بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث :

تنقل الملكية فيما بين البائع والمشتري بعقد البيع ولو لم يسجل (١) وكذلك تنتقل  
الملكية بالبيع غير المسجل فى حق الدائنين الماديين لكل من البائع والمشتري ،  
فلا يستطعن دائنو البائع التنفيذ على العقار المبيع وهذا مع الاحتفاظ بحق الطعن

---

(١) استئناف محظوظ ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢١٠ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٦٨ - وفى من البيان أنه يشترط لانتقال الملكية إلى المشتري أن يكون البائع مالكا للعقار ، فإذا لم يكن مالكا له وكان المشتري حسن النية ، فإن هذا الأخير يملك العقار بالتقادم الحسى ولو كان عقد البيع غير مسجل فى المهد الذى نحن بصدده . وإذا اشترى شخصان من بائعين مختلفين ، فالذى اشترى من المالك هو الذى يفضل ولو لم يسجل صفه ( استئناف محظوظ ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٣٥ ) .

في البيع بالدعوى البولصية ، وعلى العكس من ذلك يستطيع دائر المشتري التمسك على العقار الذي أصبح ملكاً لمدينهم . وتنقل الملكية كذلك بالبيع غير المسجل في حق ورثة كل من البائع والمشتري ، فإذا مات البائع قبل تسجيل العقد لم تنتقل ملكية العقار إلى ورثته بالميراث لأنه خرج عن ملكه ، وعلى العكس من ذلك تنتقل ملكية العقار إلى ورثة المشتري إذا مات ولو قبل تسجيل العقد لأن ملكية العقار قد انتقلت إليه بالبيع .

ويترتب على أن البائع إذا مات قبل تسجيل البيع لم تنتقل ملكية العقار إلى وراثته ، أن المشتري هو الذي يكون مالكا بالنسبة إلى هذا الوارث . فإذا باع الوارث العقار فإنه يكون قد باع مالا يملك ، فلا تنتقل الملكية إلى المشتري منه ولو سجل هذا عقد شرائه (١) . ونرى من ذلك أن المشتري من الوارث إذا نازع المشتري من المورث ، فإن المشتري من المورث هو الذي يفضل ولو سجل المشتري من الوارث عقده قبل أن يسجل المشتري من المورث (٢) . وكان هناك في عهد التتتين المدني السابق ، رأى آخر يذهب إلى أن المشتري من الوارث إذا سجل قبل المشتري من المورث يفضل عليه ، قياساً على ما جاء في المادة ٧٤٥/٦١٨ من أن المشتري من الموصي له إذا سجل قبل المشتري من الموصي يفضل عليه وحق الوارث أقوى من حق الموصي له . وهذا الرأي قد أخذ به بعض المحاكم وكثير من الفقهاء (٣) .

(١) وقد رأينا - أنظر الحاشية سابقة - أنه إذا اشترى شخص عقاراً من المالك الحقيقي فضل على المشتري من غير المالك ، ولو لم يسجل الأول عقده وسجل الثاني .  
(٢) وهذا الحكم يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تقتضي بأن الوارث لا يستر شخصية مورثه ( الأستاذ محمد حلمي عيسى فقرة ١١٨٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى في شهر التصرفات مبنية ص ٢٠٥ والأحكام التي أشار إليها في هامش رقم ٥ - وانظر استئناف مصر ١٨ يونيو سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢/١٤٢ ص ٣٦٤ - محكمة الإكستندرية الوطنية ٢٧ يوليو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٩٢ ) .

(٣) استئناف وطني ١٠ مارس سنة ١٩١٤ للتراث رقم ٢٣٤ - ١٠ مايو سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ١٧ - الأستاذ لاميير في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٢٠٨ - ٢١٢ - الأستاذ شلغون إرموس في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٢١٢ - ٢١٨ - الأستاذ مونييه في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٢١٩ - ٢٢٤ - الأستاذ =

٣٦٩ - انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير لا يكونه إلا بالتسجيل :  
ونبدأ أولاً بتحديد من هو الغير . يخلص من النصوص التي وردت في التقنين  
المحدث السابق أنه يشترط في الغير شروط ثلاثة :

(١) أن يثبت له على العقار المبيع حق عيني بعوض . فالمشتري الثاني لعقار  
سبق أن بيع لمشتري أول ثبت له حق عيني - وهو حق الملكية - على هذا العقار  
بعوض ، فيعتبر من الغير . وكذلك يعتبر من الغير الدائن المرتهن ، إذ ثبت له حق  
رهن على العقار المبيع في مقابل دينه (١) . ومثله من يثبت له حق انتفاع أو حق  
ارتفاق بعوض على العقار المبيع . أما من ثبت له حق عيني بغير عوض ،  
كالموهوب له والموصى له ، فلا يعتبر من الغير ، ويسرى في حقه البيع ولو  
لم يسجل . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً له ، وقبل أن يسجل المشتري العقد ،

== على ذكر المراجع في مركز الوارث في الشريعة الإسلامية ونتائج في القانون ص ٣٧ - ص ٤٤  
الأستاذان أحمد نجيب الملّاح وحامد زكي فقرة ٢٦١ - وأصحاب هذا الرأي لا يقبلون إلى أن  
الوارث يحتر شخصية المورث فإن هذا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ، ولكنهم يستندون إلى  
أحكام التسجيل كما هي مفردة في التقنين المحدث السابق ، فالوارث انتقلت إليه الملكية بالإرث  
والملكية الآيلة بالإرث تثبت في حق كل إنسان بثبوت الوراثية ، فيفضل المشتري من الوارث  
إذا كان أسبق تسجيلاً من المشتري من المورث .

وهناك رأي ثالث يقفل كذلك المشتري من الوارث الأسبق في التسجيل ، ولكن هذا الرأي  
يستند في ذلك إلى أن الوارث يحتر شخصية المورث ، وإلى أن القاعدة التي تنفي بالأثر  
إلا بعد سداد الديون في الشريعة الإسلامية لا يقصد بها أن تظل التركة معلقة حتى الوفاء بديون  
المورث ، بل المقصود هو جعل كل وارث مسؤولاً عن ديون التركة بنسبة ما آل إليه منها  
( الأستاذ أحمد عبد الحفيظ والأستاذ عزيز كحيل المحاضرة ٣ عدد ٢ - استئناف مخطوط ٢ مارس  
سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٦ ) .

أنظر في عرض هذه الآراء الثلاثة الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٤ ص ٢٢١ - ص ٢٢٢  
- الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٥٩ - الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ٢٢٠ .

(١) ومثل الدائن المرتهن الدائن الذي له حق اختصاص ، فإذا قيد الاختصاص تقدم  
صاحبه على مشتر من الدين لم يسجل عقد شرائه حتى لو كان عقد المدين نفسه غير مسجل  
(استئناف مخطوط ٢٣ مارس سنة ١٩١٥ م ٣٧ ص ٢٣٥) . ويقدم دائن البايع الذي قيد دينه قبل  
تسجيل البيع وقبل قيد حق اختصاص لدائن المشتري (استئناف مخطوط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٩ م  
٣٢ ص ٢٨ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ١١٨) .



وهب البائع العقار لشخص آخر وسجل الموهوب له الهبة ، فإن المشتري هو الذى يقدم ولو لم يسجل . ذلك أن البيع غير المسجل نقل ملكية العقار إلى المشتري فى حق الموهوب له ولو سجل عقد الهبة ، إذ الموهوب له ليس من التبر فيسرى العقد غير المسجل فى حقه . لكن إذا بادر الموهوب له وباع العقار إلى مشتر سجل البيع قبل أن يسجل المشتري الأول عقده ، فإن المشتري من الموهوب له يعتبر من التبر ويقدم على المشتري الذى سجل بعده . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا أوصى بائع العقار بالعقار ومات قبل أن يسجل المشتري عقده ، فإن المشتري يفضل على الموصى له ، ولكن إذا بادر الموصى له إلى بيع العقار وسجل المشتري من الموصى له عقده قبل أن يسجل المشتري الأول ، اعتبر المشتري من الموصى له غيراً وفضل على المشتري من الموصى .

(٢) أن يكون هذا الحق العيني الثابت على العقار مبيعاً على سبب صحيح محفوظ قانوناً . ويتوافر هذا الشرط بأن يكون لهذا الحق العيني مصدر هو تصرف قانونى ناقل للملكية ، ويكون لهذا التصرف إجراءات مقرررة لحفظه قانوناً فيقوم صاحب الحق بهذه الإجراءات . فلا يكتفى لاعتبار المشتري الثانى للعقار أو الدائن المرتهن غيراً أن يتم البيع أو الرهن ، بل يجب أيضاً على المشتري الثانى أن يسجل عقد البيع الصادر له وعلى الدائن المرتهن أن يقيّد عقد الرهن حتى يمكن اعتبارهما من التبر . فإذا حفظ كل منهما حقه على هذا الوجه المطلوب قانوناً ، لم يجوز للمشتري الأول أن يحتج عليهما بعقده إذا كان هذا العقد لم يسجل أو سجل بعد ذلك .

(٣) أن يكون صاحب الحق العيني المحفوظ قانوناً حسن النية (١) . ومعنى أنه حسن النية هو أن يكون ، على رأى الراجح ، غير عالم بالتصرف السابق صدوره من مالك العقار . فجرد العلم بسبق هذا التصرف يجعل صاحب الحق العيني سىء النية ، فيفضل عليه من تصرف له المالك أولاً ولو لم يكن قد سجل عقده ، بشرط أن يكون لهذا العقد الأول تاريخ ثابت سابق على تاريخ العقد

---

(١) استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٥٢ م ١٤ ص ١٦٨ .

الثاني (١). وهناك رأى آخر يذهب إلى أنه حتى يكون المشتري سبباً النية لا يكفي علمه سبق التصرف ، بل يجب أيضاً أن يكون هناك تواطؤ بينه وبين البائع (٢).

(١) ويستند هذا الرأي إلى صريح نص المادة ٣٤١/٢٧٠ مدني ، وإلى أن المشتري الثاني الذي يعلم بالتصرف السابق يكون قد علم أن البائع يتصرف في عقار ملكه للغير فيكون عند البيع الصادر إليه سبباً معيباً والمادة ٣٤١/٢٧٠ تشترط في الغير أن يكون حقه منبثقاً على سبب صحيح ، وإلى أن هذا هو الرأي السائد في بلجيكا مع أن القانون البلجيكي اخضع على اشتراط عدم الغش ولم يذهب إلى حصد اشتراط حسن النية ، ولأنه لا يمكن الاحتجاج بالرأي السائد في فرنسا الذي يشترط التواطؤ لأن نص القانون يفرض لا يشترط حسن النية في المشتري الثاني بل يكفي بأدبيته في تسجيل عقده ، وإلى أن القومسيون الدول الذي عقد في سنة ١٩٠٤ لإدخال نظام السجل العقاري في مصر اقترح أن ينص على أن مجرد علم المشتري الثاني بالتصرف الأول لا يكفي لاعتباره سبباً نية ولكن هذا الاقتراح قد رفض ( انظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨١ ص ٢٩ - ٢٩٠ - والقانون ، ص ٤٢ - تقرير لجنة القومسيون الدول ص ١٧ وتقدير اللجنة الفرعية ص ١٤ ) .

والفكر من هذا الرأي ، قد حلتس ، بيع فقرة ١٢٩ - والقانون ص ٤٣ - الأستاذين أحمد جبيب الملل وحامد زك فقرة ٢٥٦ - استئناف وطني ٤ مايو سنة ٢٩٠٥ للاستئناف ص ٥٢٦ - ١٤ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٦ - استئناف مخطط ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥٧ - ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٣ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٢٥ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٢٥ - ١٣ يناير سنة ١٩٢٥ م ٢٢ ص ١٢١ .

(٢) انظر إلى أساسه هذا الرأي منقولة في كتاب البيع للأستاذين أحمد نجيب الملل وحامد زك ص ٢٤٩ هامش ١ - ويستند هذا الرأي إلى الرأي السائد في فرنسا وقد سبقت الإشارة إليه ، وإلى أن مسألة العلم بالبيع الأول مسألة نفسية يصعب التأكد منها فالأغلبية يوزع الثقة في المعاملات العقارية ، وإلى أن التسجيل حتى يكون نظاماً مقيداً يجب أن يكون في ذاته قرينة على العلم وأن يكون انتفاؤه قرينة على عدم العلم فلا يجوز إثبات علم المشتري الثاني يتصرف سابق لم يسجل إلا إذا أريد إثبات تواطؤ مع البائع .

والفكر من هذا الرأي كاديميتوس في مجلة مصر المعاصرة ١٩١٩ ص ٤٠٣ - نسو ص ٦٣ - جرنولان في التأمينات فقرة ٨٨٦ - الأستاذ محمد حلمي ميسى فقرة ١١٧٣ - محكمة مصر الوطنية ٢١ يناير سنة ١٨٩٩ الجمعية الرسمية ٢ ص ٢٤ - استئناف مخطط ١٢ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٨٩ - ٥ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٥٤ - ٦ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٦٥ - ٢٩ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٩١ - ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٤٢ - ٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤٢ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٦٨ - ٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٥ - ٤ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٨ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٧ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٢١ - ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩ .

ولكن هذا الرأى لا يتفق مع النصوص ، ففي النص العربى للمادة ١/٢٧٠ ٣، يعتبر من الغير من كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح عفوثة قانوناً ، وكانوا لا يعلمون ما يضر بها ، ، وترجمة هذه العبارة الأخيرة فى النص الفرنسى للمادة هى « qui sont de bonne foi » . وكلتا العبارتين العربية والفرنسية لا تستلزم إلا حسن النية ، وحسن النية يتبنى قطعاً بعلم المشتري الثانى يسبق صدور التصرف دون حاجة إلى التواطؤ .

فاذا فرضنا أن شخصاً باع عقاراً لمشتري أول ، ثم باعه مرة أخرى لمشتري ثان ، وتوافرت الشروط الثلاثة المتقدمة الذكر فى المشتري الثانى ، لم يسر فى حقه البيع الأول إلا إذا كان مسجلاً قبل أن يسجل عقده . ولكن يجب أن يكون كل من المشتريين قد اشترى من المالك الحقيقى ، فاذا اشترى أحدهما من غير المالك الحقيقى وسجل بفضل عليه المشتري من المالك الحقيقى ولو لم يسجل . وقس على ذلك سائر أصحاب الحقوق العينية (١) . وإذا صدر عقدان متواليان من

---

« .. وهناك رأى ثالث لا يكتفى بالمعتمد بالتصرف السابق ، بل ولا بالتواطؤ ، فيصح تسجيل المشتري الثانى إذا تم أولاً بهما كان هذا المشتري الثانى سبب النية وبهما كان متواطئاً ، ما لم يكن عقد البيع الصادر إليه عندئذ صورياً ، فتدقق لا يكون العقد وجود ولو سجل (استئناف غنط ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ - ١٩ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢١ - ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥) . ولكن هذا الرأى ما لبث أن هجر ، إذ أن المشرع لم يكن فى حاجة إلى النص على عدم الاعتماد بالعقد الصورى (نقض مدنى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ١ رقم ٨٨ ص ٢٢٤ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ المجموعة ٣٠ رقم ٤٣٢ ص ٩٧٠ - استئناف غنط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ١٣٥ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وسامه زك ص ٢١٩ حاشى ١ - الأستاذ محمد عبد إمام بقرة ١٥٧ ص ٢٢٦ - ٢٢٧) .

(١) استئناف غنط ١٣ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٢٦ - ٦ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٢٢ - ٣١ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٣٠ - ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٦٩ - ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٠٩ - ٢٦ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١١٣ - ويلاحظ أن المشتري من غير مالك قد يكسب الملكية بالتقادم الخسئ إذا كان حسن النية ولو لم يسجل عقده ، وبذلك يفضل على المشتري من المالك الحقيقى ولو سجل هذا عقده . أما إذا اشترى كل منهما من المالك الحقيقى ، فالعبرة بالتسجيل فى تفضيل أحدهما على الآخر ، فن سجل أولاً فضل ولو كان الآخر حسن النية وسار المقار خمس سنوات ، إذ أن محل تطبيق التقادم الخسئ أن يكون الماتزم قد اشترى من غير مالك .

مالك واحد ولم يسجل أيهما . فالعقد الأسبق هو الذى يفضل (١) .

ويتفق فى بعض الأحيان أن المشتري العقار لا يسجل البيع ، ويبيع العقار لمشتري ثان ويسجل المشتري الثانى . فإذا باع البائع العقار مرة أخرى لمشتري سجل عقده ، فهل يفضل فى هذه الحالة المشتري الأسبق تسجيلاً ؟ لو أن المشتري من المشتري الأول سجل البيع الصادر للمشتري الأول من مالك العقار قبل أن يسجل المشتري الآخر من المالك عقده ، فلا شك أن المشتري من المشتري الأول يفضل . ولكن المفروض أن المشتري من المشتري الأول لم يسجل إلا البيع الصادر له من المشتري الأول دون البيع الصادر من المالك إلى المشتري الأول . فلو طبقنا القواعد العامة فى التسجيل ، لوجب القول بأن المشتري الآخر وقد سجل عقده يفضل على المشتري الأول من المالك الذى لم يسجل ، فيفضل من باب أولى على المشتري من المشتري الأول ولو سجل عقده . ولكن المادة ٧٤٦/٦١٩ من التقنين المدق السابق تنص على أنه « فى حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها » (٢) . ويؤخذ من هذا النص أنه فى الفرض المتقدم يفضل المشتري من المشتري الأول إذا سجل عقده أولاً (٣) .

---

== ولو باع شخص عقاراً ، وقبل أن يسجل المشتري باع البائع العقار مرة أخرى لمشتري ثان : كانت المفاضلة بين المشتريين بالتسجيل . أما إذا صدر البيع الثانى بعد تسجيل البيع الأول ، كان البيع الثانى صادراً من غير مالك ولو بالنسبة إلى الغير ، فلو حاز المشتري الثانى العقار وهو حسن النية خمس سنوات تملكه بالتقادم الخمسى ولو لم يسجل عقده ، ونفل على المشتري الأول الذى سجل عقده .

- (١) استئناف مخطوط ١٢ مايو سنة ١٩٩٢ م ٢٤ ص ٣٥٤ .
- (٢) على أن المادة ٧٦٥/٦٣٥ - ٧٦٦ من التقنين المدق السابق توجب على كاتب المحكمة أن يؤشر من تلقاء نفسه بأسماء المتعاقدين السابقين الذين لم تسجل عقودهم ، وذلك حتى يمكن للغير أن يعلم بتصريحهم فى العقار .
- (٣) هاتون ص ٣٤١ - جراتمولان فى التأمينات - فقرة ٨٨١ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكى فقرة ٢٦٢ ( وانظر بوجه خاص ص ٢٦٠ هامش ١ حيث يبينان وجوه انتفاء الحل الذى أخذ به النص ) .

## ثانياً - عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى

### ٢٧٠ - التمييز بين حكم البيع قبل أنه يسجل وحكمه بعد التسجيل :

أما في عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى ، فليس التمييز الجوهري هو التمييز بين انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وانتقالها بالنسبة إلى الغير كما كان الأمر في عهد التقنين المدنى السابق ، ففى كلتا الحالتين لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل . ولكن التمييز الذى يبرز فى العهد الذى نحن فيه هو التمييز بين حكم البيع قبل أن يسجل وحكمه بعد التسجيل .

### ١ - حكم البيع قبل أن يسجل

### ٢٧١ - البيع غير المعلن لا ينتقل الملكية بالنسبة إلى الغير ولا فيما

بين المتعاقدين - التنازع بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث : لا ينتقل البيع غير المسجل الملكية بالنسبة إلى الغير ، وليس فى هذا جديد فقد كان البيع غير المسجل فى عهد التقنين المدنى السابق لا ينتقل هو أيضاً الملكية بالنسبة إلى الغير . ولا ينتقل البيع غير المسجل الملكية فيما بين المتعاقدين أيضاً ، وهذا هو الجديد ، فقد كان البيع غير المسجل فى عهد التقنين المدنى السابق ينتقل الملكية فيما بين المتعاقدين كما سبق القول (١) . فتجريد البيع غير المسجل من أثر نقل الملكية فيما بين المتعاقدين كان السياسة التشريعية المرسومة لكل من قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى ، بقصد تقوية أثر التسجيل وحمل الناس على المبادرة إلى تسجيل عقودهم .

ويرتب على ذلك أن المشتري لا يصبح مالكا للعين المبيعة مادام البيع لم يسجل ، ومن ثم لا يستطيع أن يرفع على البائع دعوى استحقاق يطالب فيها بتثبيت ملكيته

---

(١) ومن ثم إذا كان عقد البيع له تاريخ ثابت سابق على تاريخ العمل بقانون التسجيل فإنه ينتمى من غير تسجيل المصلحة فيما المتعاقدين ( نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٢ من ١٨١ ) .

على العين المبيعة، وإن كان يستطيع كما سئرى أن يرفع على البائع دعوى صحة التباقد أو دعوى صحة التوقيع . وقد قفت محكمة النقض في عهد قانون التسجيل بأن هذا القانون قد عدل حكم المادة ٢٦٦ من التقنين الملقى السابق فيا يتعلق بنقل الملكية ، فبعد أن كان نقلها بمقتضى هذه المادة نتيجة لازمة للبيع الصحيح بمجرد عقده ، أصبح مترخياً إلى ما بعد حصول التسجيل . وإذن فلا يصح للمشتري - مادام لم يسجل عقده - أن يطلب الحكم بتثبيت ملكيته لما اشتراه ، وإنما له أن يطالب البائع أو ورثته من بعده بالالتزامات الشخصية التي يرتبها العقد كتسليم المبيع وريعه وغير ذلك . فإذا هو طالب قبل التسجيل بتثبيت الملكية وتسليم المبيع وريعه وقضى له بذلك ، تعين نقض الحكم فيما يتعلق بتثبيت الملك لرفع الدعوى قبل استيفاء شروطها (١). ويبقى البائع مالكا للمبيع (٢)، ولكنه مع ذلك يلتزم بتسليمه للمشتري ، وإذا سلمه لا يستطيع استرداده بالرغم من أنه لا يزال مالكا له ، لأنه ضامن لاستحقاقه ومن يضمن نقل ملك لغيره لا يجوز له أن يدعيه لنفسه . وكما يجرى هذا الحكم على البائع يجرى على وارثه ، فلا يجوز لوارث البائع أن يمتنع عن تسليم المبيع إلى المشتري أو أن يسترده منه بعد أن سلمه (٣) .

(١) نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٢ ص ١٥٤ - وانظر تعليقاً على الحكم للأستاذ حلي بجيت بدوي في مجلة لقانون والاقتصاد السنة الثالثة ص ٧٢٧ وما بعدها .

(٢) فإذا زعمت ملكية المبيع للمنظمة العامة قبل تسجيل عقد البيع ، زعمت على البائع لا على المشتري ، وانسخ عقد البيع ، ولا يكون للمشتري حق في التبرع بالمحل البائع من نزاع الملكية ( استئناف مخطوط ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٨٢ ) .

(٣) وقد نقضت محكمة النقض بأنه ليس للبائع ، لعدم تسجيل عقد البيع وترأى انتقال الملكية بسببه ، أن يطلب الحكم على المشتري بتثبيت ملكيته هو المبيع . وكما يجرى هذا الحكم على البائع فهو يجرى على من يخلفه في تركته ، فإن عمل الوارث أن يقوم للمشتري كورته بالإجراءات القانونية اللازمة لتسجيل من الاعتراف بصور العقد بالأوضاع المعتادة أو بإنشاء العقد من جديد بتلك الأوضاع . ومن وجب هذا على الوارث فمن يقبل منه أن يدعي لنفسه ملك المبيع على المشتري ، لأن من يضمن نقل الملك لغيره لا يجوز له أن يدعيه لنفسه ( نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣ . وانظر أيضاً المتصورة للكلية ١١ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٧٢ ) . ويسرى التزام ورثة البائع في حق دائتهم ( استئناف مخطوط ٢٤ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢٠٠ ) .

ويترتب على ذلك أيضاً أن دائر المشتري لا يستطيع أن يفقد على العقار المبيع قبل تسجيل عقد البيع ، ولا يستطيع أن يأخذ عليه حق اختصاص (١) ، لأن ملكية العقار لم تنتقل بعد إلى المشتري . أما دائر البائع فيستطيع التنفيذ على العقار ، ويستطيع أن يأخذ عليه حق اختصاص (٢) ، بل ويستطيع أن يجعل البيع غير نافذ في حقه إذا هو سجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشتري البيع ( أنظر م ٦١٦ مرافعات ) . وكذلك تنتقل ملكية العقار ، إذا مات البائع قبل تسجيل البيع ، إلى وارث البائع . أما إذا مات المشتري قبل التسجيل ، فإن الملكية لا تنتقل إلى وارثه ، ولكن يستطيع وارث المشتري أن يطالب البائع أو وارثه بنقل ملكية المبيع وأن يرفع على أى منهما دعوى صحة التعاقد أو دعوى صحة التوقيع .

ولذا مات البائع فانتقلت ملكية العقار إلى وارثه ، وباع الوارث العقار إلى مشتر آخر ، فإن التنازع يقع بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث . وقد رأينا أن المشتري من المورث ، في عهد التصديق المذني السابق ، هو الذي يفضل ، لأن الملكية انتقلت إليه من المورث ولو لم يسجل العقد ولم تنتقل الملكية إلى الوارث ، فيكون المشتري من الوارث قد اشترى من غير مالك فلا تنتقل إليه الملكية ولو سجل عقده . أما في عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري ، فالأمر يختلف . ذلك أن المشتري من المورث لم يسجل عقده فلم تنتقل إليه الملكية ، وانتقلت إلى وارث البائع ، ثم انتقلت من الوارث إلى المشتري منه إذا سجل الوارث شهادة الإرث وسجل المشتري من الوارث عقد شرائه . ومن ثم يفضل المشتري من الوارث على المشتري من المورث إذا سبق الأول الثاني في التسجيل (٣) . غير أنه إذا أشر المشتري من المورث ، باعتباره

---

(١) ويبقى حق الاختصاص غير صحيح حتى يمد تسجيل البيع ، لأنه أخذه على عقار كان غير ملوك المدين وقت أخذه ، وقد قضت محكمة النقض بذلك ورفضت الأغل بالآخر الرجوع للتسجيل فيما بين المتعاقدين ودائنهم (نقض مذني ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجوعة محرر ٢ رقم ١٥٣ ص ٤٩٧) .

(٢) استئناف غسطل ٢٧ مارس سنة ١٩٥١ م ٥٢ ص ١٤٣ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٤ ص ٥٧٢ م ٩ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن البيع الصادر من المورث لا ينقل ملكية البيع إلى المشتري منه إلا بالتسجيل . فإذا لم يسجل عقد شرائه ، بقي العقار على ملك البائع وانتقل إلى ورثته .

دائماً للتركة ، يدينه طبقاً لأحكام المادة ١٤ من قانون تنظيم الشهر العقاري قبل أن يسجل المشتري من الوارث عقده ، أو بعد هذا التسجيل ولكن في خلال سنة من تازيح شهادة الإرث ، كان له أن يحتج بحقه كشتري على المشتري من الوارث . ولما كان حقه هو أن تنتقل إليه ملكية المبيع ، فإن له أن يطالب المشتري من الوارث بتقل ملكية المبيع ولا يقتصر على المطالبة بالتعويض (١) ، فإذا حصل على حكم يطلبه سجله فانتقلت إليه الملكية .

ورى من ذلك أن المشتري من المورث يفضل على المشتري من الوارث في حالتين : (١) إذا سبق إلى تسجيل عقده (٢) أو إذا أشر بحقه قبل تسجيل

---

== من بعده بالإرث . وإذا لم يبعده وسجل المشتري منهم عقد شرائه ، انتقلت إليه ملكيته . أما الاحتجاج بقاعدة ألا تركة إلا بعد سداد الديون وأن شخص الوارث يغير شخص مورثه فلا عمل لإجراء حكم التفاضل بين اليمين على اعتبار أنها صادرة من متصرف واحد في حين أنهما صادرة من شخصين مختلفين - هذا الاحتجاج لا تأثير له على حكم انتقال الملكية بالتسجيل ، وفقاً لقاعدة الأولى من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ الواجبة التطبيق على واقعة الدعوى ، والتي من مقتضاها ألا تنتقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل ، وأن ليس للمشتري بحقه غير مسجل إلا حقوق شخصية قبل البائع له . فكذا أن البائع بحقه غير مسجل يستطيع أن يبيع مرة ثانية لمشتري آخر تنتقل إليه الملكية بتسجيل عقده ، فكذلك الوارث الذي حل محل مورثه فيها كان له من حقوق وما عليه من التزامات في حدود التركة يملك أن يتصرف في العين التي يطلقها بالميراث عن مورثه لمشتري آخر إذا لم يسجل المشتري من مورثه عقد شرائه ، وتنتقل الملكية إلى هذا المشتري الآخر بالتسجيل لبقائها حكماً على ملك المورث . أما كون تصرف الوارث نافذاً أو غير نافذ في حق دائي التركة فهو بحث آخر ، ويظل حق الدائنين قائماً في الطعن في هذا التصرف بما يخولهم القانون من حقوق في هذا الخصوص ، كما يبق لهم حق تتبع أعيان التركة استيفاء لديونهم وفقاً لأحكام الشريعة الفراء الواجب تطبيقها في هذا الخصوص حملاً بالمادة ٥٤ من القانون المدني القديم ( نقض مدني ٥ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٦٧ ص ٤٦٧ - وانظر أيضاً : نقض مدني أول يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٤١ ص ٥٦٩ - يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧٦ ص ١١١٤ - وقارن : نقض مدني ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٤ ص ٢٤ - ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١١١ ص ٧٩٤ ) . وانظر الأستاذ أنور سلطان فترة ١٨٤ - الأستاذ محمد علي إمام فترة ١٧٥ وفترة ١٧٦ ص ٢٩٦ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فترة ١٠٨ - الأستاذ جميل للشرقاوي ص ١٨٢ - ص ١٨٣ - الأستاذ عبد المنعم البدراري فترة ٢٢١ - فترة ٢٢٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فترة ٧٣ .

(١) أنظر أيضاً فترة ١٩٣ في المباحث .



**المشتري من الوارث عقده أو بعد هذا التسجيل ولكن في خلال سنة من تسجيل شهادة الإرث (١) .** فإذا لم يفعل هذا ولا ذلك ، ففصل عليه المشتري من الوارث إذا سجل عقده ، لأن هذا قد اشترى من الوارث بعد أن انتقلت إليه الملكية بالميراث . وإذا تسلم المشتري من المورث العقار المبيع بالرغم من ذلك ، فإن عقد البيع الذي في يده لا يعتبر سيباً صحيحاً في التقادم الخمسى ، لأنه صدر من المورث وقت أن كان مالكا للمبيع والسبب الصحيح في التقادم الخمسى يجب أن يكون صادراً من غير مالك . لكن إذا استمر المشتري من المورث حائزاً للعقار المبيع مدة التقادم الطويل ، انتقلت إليه الملكية بالتقادم لا بعقد البيع (٢) .

### ٢٧٢ - ولكن البيع غير المسجل لا يزال يبعاً فينتج آثاره

**نقل الملكية بالفعل :** على أن البيع لم يصح ، بعد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري ، عقداً شكلياً لا يتم إلا بالتسجيل . فهو لا يزال من عقود التراضي ، والبيع غير المسجل لا يزال عقد بيع له هذه الصفة ، وينتج جميع آثار البيع هذا نقل الملكية بالفعل . وقد كان هناك رأى يذهب إلى أن البيع غير المسجل لا يكون بيعاً وإنما يكون عقداً غير مسمى وأن البيع لا يتم إلا بالتسجيل ، ولكن هذا الرأى بقى رأياً مرجوحاً منذ ظهر ثم اخفى سريعاً ، وأجمع الفقه والقضاء على أن عقد البيع يتم بالتراضي ولو لم يسجل (٢) . فالبيع غير المسجل

(١) الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٤ - ص ٢٢٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا حلت محكمة الموضوع حل ما ثبت لديها من أن المشتري بمقدور معرفة ثابته التاريخ من المورث قد ملكوا ما اشتروه بوضع اليد المكسب الملكية بالعدة الطويلة ، واستغنت بهذا من البحث في أمر تسجيل الاختصاص الذي أخذ ضد المورث والمفاضلة بينه وبين المقود العرفية وفقاً لمواد التسجيل القديمة ، فلا مخالفة لقانون في ذلك ؛ لأن واضح اليد المدة الطويلة مع العقد المرقق الثابت التاريخ يفضل قانوناً على صاحب التسجيل (نفس مدني ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة ص ١٣ رقم ٢٤) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن قانون التسجيل الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٢ لم يغير من طبيعة عقد البيع من حيث هو عقد من عقود التراضي التي تم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين . وإنما هو فقط قد عدل آثاره بالنسبة للمقادين وغيرهم ، فجعل نقل الملكية غير مترتب

ينتجج جميع آثار البيع ، إذا استثنينا نقل الملكية بالفعل كما قدمنا .

ويرتّب على ذلك أن البيع غير المسجل ينشئ جميع التزامات البائع ، فيلتزم بموجبه البائع بنقل الملكية إلى المشتري (١) وتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . وينشئ البيع غير المسجل كذلك جميع التزامات المشتري ، فيلتزم بموجبه المشتري بأن يدفع الثمن والمصروفات وبأن يتسلم المبيع (٢) . ويرتّب على ذلك أيضاً أن البيع غير المسجل يبقى محتفظاً بالوصف

---

== على مجرد العقد بل أرجأه إلى حين حصول التسجيل ، وترك لعقد البيع معناه وباق آثاره ( نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ - ٤ يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٤ ص ١١٥٠ - أول يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٧ ص ٥٦٧ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٥ ص ٣٨٥ - أنظر أيضاً استئناف مخطوط ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦ - ٩ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١٠ ) .

هذا وقد قدمنا أن بيع العقار في التقنين المدني العراقي - شكل لا يتم إلا بالتسجيل في دائرة الطابور ، وأن العقد غير المسجل في دائرة الطابور ليس يبيع بل هو عقد غير مسمى يقتصر على إنشاء التزام بالتعويض دون أن ينشئ التزاماً بنقل الملكية ( أنظر آنفاً فقرة ٢٥٠ في المامش ) . (١) ويرتّب على أن البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع ما يأتي : (١) ما قدمناه من أن البائع لا يستطيع أن يطالب المشتري بتثبيت ملكيته على المبيع ولو أنه لا يزال مالكا لأن البيع لم يسجل ، ذلك أنه ملتزم بنقل الملكية ومن كان ملتزماً بنقل الملكية لا يستطيع أن يطالب بها ( أنظر آنفاً فقرة ٢٧١ في المامش ) . (ب) يجوز للمشتري الذي لم يسجل عقد شرائه ، وقد أصبح دائماً البائع بنقل الملكية ، أن يحول حقه هذا لغيره ، وتكون الحوالة صحيحة ولا يمنع من صحتها عدم تسجيل البيع ( نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٦ ص ٥٩٤ ) . (ج) إذا اشترط البائع على المشتري ألا يسجل العقد قبل الوفاء بالثمن ، فإن البيع يتم قبل الوفاء بالثمن وقبل التسجيل ، ويكون التسجيل وحده هو الموقوف على دفع الثمن . فإذا لم يدفع المشتري الثمن ، جاز للبائع إما مطالبة بالثمن وإما فسخ البيع طبقاً لقواعد العامة . وهذا الحكم صحيح حتى في عهد التقنين المدني السابق قبل قانون التسجيل ( استئناف مخطوط ٢٩ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٩ ) .

(٢) وقد نفست محكمة النقض بأن عقد البيع هو من عقود التراضي التي تم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين ، وكل ما استعملته قانون التسجيل من الأثر هو أن نقل الملكية بعد أن كان ، بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ من التقنين المدني السابق ، نتيجة لازمة لبيع الصحيح بمجرد عقده ، أصبح مترخياً إلى بعد حصول التسجيل . أما أحكام البيع الأخرى - فلا تزال قائمة لم يسخنها قانون التسجيل ، فالبايع يبق ملتزماً بموجب العقد بتسليم المبيع وبنقل الملكية المشتري ، كما يبق المشتري ملتزماً بأداء الثمن ، إل غير ذلك من الالتزامات التي ترتب على

القانونى البيع ، فيجوز الأخذ فيه بالشفعة ، وبصلح أن يكون سبياً صحيحاً في التقادم الخمس قبل التقنين المدنى الجديد ، ويكون بيع ملك الغير قابلاً للإبطال ولو لم يسجل .

فنبعث إذن المسائل الثلاث الآتية : (١) البيع غير المسجل ينشئ التزاماً في جانب البائع بنقل ملكية المبيع ، وما يتعلق بذلك من دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع . (٢) وينشئ جميع الالتزامات الأخرى في جانب البائع وفي جانب المشتري . (٣) وتترتب عليه جميع آثاره بوصفه عقد بيع .

## ١٥٨ — البيع غير المسجل ينشئ التزاماً في جانب البائع بنقل

الملكية — كيف ينفر هذا الالتزام : قلنا أن البيع غير المسجل لا ينقل الملكية إلى المشتري ، ولكنه ينشئ التزاماً في جانب البائع بنقل الملكية . ولما كان هذا الالتزام لا يمكن تنفيذه إلا بتسجيل عقد البيع ، ولما كان التسجيل يتطلب إجراءات لا بد فيها من تدخل البائع الشخصى إذ لا بد أن يكون مقرأ بصدور البيع منه وإن يكون توقيعه مصدقاً عليه ، من أجل ذلك كان للمشتري

== بينهما حل التعادل بمجرد انعقاد البيع (نقش مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ مجموعة محر ١ رقم ٧٢ ص ١٤٢) . ونقضت أيضاً بأن عقد البيع سواء كان مسجلاً أو غير مسجل ، يلزم البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة عادية . فإذا لم يتم البائع بتنفيذ هذا العهد أو لم يتمكن من القيام به ، واستصقت العين المبيعة أو تزعت ملكيتها بسبب ترتب حق عين عليها وقت البيع أو لنشوء هذا الحق بفعل البائع بعد تاريخ العقد ، فانه يجب عليه رد العين مع التعويضات طبقاً لما تقتضيه المادتان ٣٠٠ و ٣٠٤ من القانون المدنى (السابق) . ولا يسلط حق الضمان من البائع ، إلا إذا اشترط عدم الضمان وكان المشتري مالاً وقت الشراء بسبب الاستحقاق أو اعترف أنه اشترى ماسط الضمان ، أما عدم تسجيل المشتري عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حق الضمان . وإذن فالمحك الذى يرفض دعوى الضمان تلياً حل أن تزع ملكية العين من المشتري لم يكن إلا نتيجة إهماله في تسجيل عقد شرائه ، مما يمكن دائن البائع الشخصى من تزع ملكية العين المبيعة ، يكون حكماً مخالفاً لقانون متيناً نقضه (نقش مدنى ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٦ مجموعة محر ١ رقم ٣٢٦ ص ١٠٤٩ — وانظر أيضاً نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٢ مجموعة محر ١ رقم ٩١ ص ١٦٢ وسائر الأحكام المشار إليها في هذا المعنى في الخلاصة قبل السابقة — وكان هذا رأى قد استقر في القضاء المصرى قبل إنشاء محكمة النقض بحكم من محكمة استئناف مصر في دوائرها المختصة في ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ ص ٨ (٢٩٩) .

أن يطالب البائع ، تنفيذاً للالتزام الذى فى فمه ، أن يقوم بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد . فإذا قام البائع بهذه الأعمال وانتهى على ذلك تسجيل العقد ، فقد نفذ التزامه بنقل الملكية ، وانتقلت الملكية فعلاً إلى المشتري بالتسجيل . وإذا أنكر البائع صدور البيع منه ، أو امتنع عن الذهاب إلى الجهة المختصة للتصديق على إمضائه ، أو أخل بأية صورة أخرى بواجبه من القيام بالأعمال اللازمة لتسجيل العقد (١) ، جاز للمشتري إجباره هو أو ورثته على القيام بذلك . ولا يكتفى المشتري بأن يطالب البائع بالتعويض عن الإخلال بالتزامه ، بل يجوز له أن يصل إلى إجبار البائع على تنفيذ التزامه عينا ونقل الملكية بالتسجيل ، وذلك عن طريق دعوى بين ابتكرها العمل وإقرارها القضاء منذ صدور قانون التسجيل : دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع .

٢٧٤ - دعوى صحة التعاقد : هذه الدعوى لم يكن قانون التسجيل يشير إليها ، ولكن العمل ابتدعها (٢) تحت اسم « دعوى صحة ونفاذ العقد »

(١) كأن يكون البيع قد صدر شفويًا وامتنع البائع عن تحرير ورقة به تكون صالحة لتسجيل ، أو يكون البيع قد كتب على ورقة عادية وامتنع البائع عن كتابته على النموذج المطبوع المخصص للتسجيل ، أو يكون البائع قد امتنع عن تقديم المستندات والشهادات اللازمة لتسجيل ( الأستاذ أنور سلطان لفرة ١٧٨ ص ٢٠٣ ) .

(٢) ولم يتخلف القضاء المخطئ من القضاء الوطنى في إقرار دعوى صحة التعاقد ، فن أحكام محكمة الاستئناف المخطئة في هذا المعنى : استئناف مخطئ ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٦ - ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٩٧ - ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٦ - ١٧ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٢٦ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٩ - ٢٨ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢١٥ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ - ٢١ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣٦ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٥٣ - ٩ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٩٩ - ٢١ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٠٨ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٩٦ .

وتقوم دعوى صحة التعاقد على الأساس القانونى الآتى : يتضمن التزام البائع بنقل الملكية التزاماً يشكّل المشتري من تسجيل عقد البيع ، وهذا الالتزام الأخير يمكن تنفيذه عينا وتسيع طبيعته أن يقدم حكم القاضى مقام التنفيذ العيني ، وقد نصت المادة ٢١٠ مدنى على أنه « فالالتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام » . فدعوى صحة التعاقد إذن هى دعوى يطلب فيها المشتري من البائع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينياً في هذه

منذ صدور هذا القانون ، ليواجه بها امتناع البائع عن القيام بالأعمال الواجبة للتسجيل على النحو الذى قدمناه ، حتى لو كان معترفاً بصدور البيع منه (١) . ف سواء كان البائع منكرأ للبيع أو معترفاً به ، فهو ما دام ممتنعاً عن القيام بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد استطاع المشتري إجباره على ذلك ، بأن يرفع عليه دعوى يطلب فيها الحكم بثبوت البيع أو بصحته وتقاضه ، *(action en réalisation, en constatation, de la vente)* . فإذا ما صدر هذا الحكم جعل منه للمشتري سنداً يفي به عن عقد البيع الصالح للتسجيل ، فهو سند رضى أقوى من السند العرفي المصدق فيه على التوقيع ، وهو فى الوقت ذاته يثبت - أكثر مما تثبت الورقة المكتوبة ولو كانت ورقة رسمية - وقوع البيع صحيحاً نافلاً . فيجوز إذن

---

= بيع صحيح نافذ . ويترتب على ذلك أنه إذا كان التنفيذ المعنى غير ممكن ، لم تقبل دعوى صحة التعاقد . فإذا باع البائع العقار مرة ثانية لمشتري ثان وسجل هذا التعاقد قبل أن يتمكن المشتري الأول من التسجيل ، أصبح تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري الأول غير ممكن حيناً ، ومن ثم ترفض دعوى المشتري الأول على البائع بصحة التعاقد ( الأستاذ محمد على إمام بقرة ١٦٦ ص ٢٦٧ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى بقرة ٢٢١ . قارن الأستاذ جيل الشرفاوى ص ١٥٩ هامش رقم ٣ ) . ويرفض القضاء الحكم بصحة التعاقد إذا تبين من وثائق الدعوى أن تسجيل الحكم لن يحدى المشتري فى نقل الملكية ، كما لو كان هناك من كسب هذه الملكية يستدعى به فى مواجهته رفض صدور الحكم لمصلحته ، ككثر لأن سجل عقده قبل تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد ، إذ أن الحكم لمصلحة المشتري الأول وتسجيل هذا الحكم يصبح عديم الفائدة ( نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٨ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٩ ص ٢٥٧ ) . كذلك يجب رفض دعوى صحة التعاقد إذا اتضح أن المصل على هو المالك الحقيقي للعقار ، لأن المشتري من غير المالك لا يحده أن يصدر حكم بصحة تعاقد ( نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٩ ص ٢٥٧ وقد سبقت الإشارة إليه - الأستاذ منصور مصطفى منصور بقرة ٦٩ ص ١١٠ ) . وما ينط عن دعوى صحة التعاقد ليست فى حقيقتها إلا مطالبة المشتري البائع بتنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينياً أن هذه الدعوى لا يرضها البائع على المشتري ، وإنما يرضها المشتري على البائع . أما الدعوى التى يرضها البائع على المشتري فهى دعوى المطالبة بدفع الثمن ، لا دعوى صحة التعاقد .

(١) والفروض طبعاً أن البيع غير مكتوب أصلاً أو مكتوب فى ورقة عرفية . أما إذا كان مكتوباً فى ورقة رسمية ، فلا حاجة للمشتري برفع دعوى صحة التعاقد ، لأن الورقة الرسمية قابلة للتسجيل دون حاجة إلى تدخل البائع ، وذلك ما لم ينتج البائع من تقديم المستندات التى تثبت أصل ملكيته .

المشتري أن يسجل هذا الحكم باعتباره سنداً قاطعاً على وقوع البيع ، ولا يحتاج في تسجيله إلى تدخل البائع (١) ، ومتى سجله انتقلت إليه ملكية المبيع (٢) .

(١) وذلك بشرط أن يرفق المشتري بالحكم حته شهره للمستندات والأوراق المثبتة لأصل ملكية البائع ، لأن الحكم الصادر بصحة التعاقد لا يتعرض لأصل هذه الملكية . وقد قضت محكمة دمنهور الكلية بأن صدور الحكم بصحة التعاقد لا يفي المشتري من تقديم كافة المستندات الدالة على ملكية البائع ( ٢٨ مارس سنة ١٩٥٥ الحاماة ٢٦ رقم ٥٧٦ ص ١٧٠٤ ) .

ويقول الدكتور محمد شوقي في هذا الصدد : « سبق أن بينا أن كثيراً من المتعاملين كان يلجأ إلى دعوى صحة التعاقد للهروب من إثبات ملكية المتصرف . فإذا ما طالبت الهيئة التي كانت تشرف على أعمال الشهر بما يفيد ملكية البائع ، رفع المشتري دعوى صحة التعاقد واستصدر حكماً بذلك يقدم لأفلام الرهون ويسجل آلياً باعتباره حكماً واجب التنفيذ ، فننتقل بذلك ملكية العقار إليه دون بحث . صحيح أنه كان لصحة حق بحث هذه الملكية ، إنما كثيراً ما كان يحدث أن يلجأ المدعى عليه وهو البائع أو يحضر ويقر بصدور التعاقد منه ، فيصدر الحكم هذا الأساس ، وتنتفي المحكمة من قانون سنة ١٩٢٣ الذي كان يتطلب دقة في البحث قبل تبكين أي شخص من التصرف . . . وقد فطن المشرع ( قانون تنظيم الشهر العقاري ) عندما قضى بشهر دعوى صحة التعاقد إلى سوء استعمال هذا الحق في الماضي ، فنص على أن صدور حكم بصحة التعاقد لا يفي المشتري من تقديم كافة المستندات الدالة على ملكية البائع . . . وقد كانت الأسباب التي سردناها داعية إلى ألا يقر قانون الشهر العقاري دعوى صحة التوقيع ، فاستبعد هذه الدعاوى من المهررات الواجب شهرها ، فاستبعد ذلك عدم شهر الأحكام الصادرة فيها » ( الشهر العقاري علماً ومعلماً ص ١٩١ - ص ١٩٣ ) . ويقول الأستاذ محمد أبوشادي : « وإذا تلمز على المحكوم لصالحه في دعوى صحة التعاقد تقديم المستندات المثبتة لأصل الملكية نظراً لكونها في حوزة الصادر ضد الحكم ، فيجب التحقق من صحة هذه الملكية بمؤال الملاك السابقين والمهاجرين ورجال الحكومة وأصحاب التكليف المدرج به العقار . ثم يعمل إقرار بنتيجة هذا التحقيق ويمرر على ورقة التسجيل المتروك ويوضح به أصل الملكية ، على أن يوقع على هذا الإقرار من الصادر لصالح الحكم ويصدق على توقيعه ويرفق بالحكم عند تسجيله ( شهر الحقوق المتأخرة ص ١٢٣ ) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المشتري أن يطلب تنفيذ ما تمهده به البائع من نقل الملكية إليه ، وذلك عن طريق طلب الحكم بصحة عقد البيع توصل إلى تسجيل الحكم الذي يصدر له ما يطلب ، والذي يصل في هذه الحالة على العقد في التسجيل . فإذا ما تمت هذه الإجراءات أصبح مالكا قانوناً للعقار المبيع ، وصار له حق طلب تثبيت ملكيته إذا وجدت منازعة من البائع أو ورثته ( نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٣ ص ١٥٤ - ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٧ ص ٧٣٤ ) - والذي يسجل هو الحكم وحده ، ولا حاجة إلى تسجيل العقد معه ، إلا إذا كان الحكم قد أحال عليه فيسجل الحكم معه العقد باعتباره من ملحقات الحكم ( الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩٥ ص ١٥١ ) ، وهذا بخلاف =

بل إن العمل سار مرحلة أبعد من ذلك ، وغل يد البائع عن التصرف في العقار المبيع من وقت رفع الدعوى بصحة التعاقد ، حتى لا يكون المشتري تحت رحمة أثناء المدة الطويلة التي قد يستغرقها نظر الدعوى ، فيبادر البائع إلى التصرف في العقار لشخص آخر ويبادر هذا إلى تسجيل عقده قبل تسجيل الحكم بصحة التعاقد فلا تكون هناك جدوى من هذا الحكم . وذلك بأن يسجل المشتري صحيفة دعوى صحة التعاقد ، ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يتصرف في العقار (١) ، حتى إذا صدر الحكم بصحة التعاقد بعد ذلك أشر المشتري به على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، فيصبح أى تصرف صادر من البائع من وقت تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد غير نافذ في حق المشتري (٢) . وقد أقرت محكمة النقض العمل فيها جرى عليه ، واعتبرت دعوى صحة التعاقد دعوى

== دعوى صحة التوقيع ففتها يسجل العقد وهو الأصل ومنه الحكم باعتباره من ملحقاته .

ودعوى صحة التعاقد دعوى شخصية عقارية ، فتكون من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها العقار كالدعوى العينية ، أو المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدين عليه كالدعوى الشخصية (٢٥٦ م / مرافعات - استئناف غنط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨) .

(١) ويستطيع المشتري إلى جانب ذلك أن يطلب وضع العقار المبيع تحت الحراسة أثناء النزاع . وقد قضت محكمة النقض بأن من حق المشتري أن يطلب البائع بالتسليم على إقرار أنه التزام شخصي وأثر من آثار البيع الذي لا يجوز دونه علم حصول التسجيل ، ومن شأنه حلقة الآثار أيضا أن يكون المشتري - إذا ما غشى على العين من بقائها تحت يد البائع طيلة النزاع ، أن يطلب إلى المحكمة وضعها تحت الحراسة ، إذ لنزاع على كل حال ينصب على العقار المطلوب وضعه تحت الحراسة (نقض مدني ١٧ يولييه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧١ ص ١٩٨) .

(٢) ليس هذا فحسب ، بل إن البيع الصادر من البائع إلى مشتر آخر إذا سجل قبل تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ، لم ينفذ مع ذلك في حق المشتري الأول الذي رفع هذه الدعوى إلا إذا كان المشتري الآخر حسن النية ، ذلك أن حق المشتري الأول الذي سجل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا تنعدم بسببه إلا في مواجهة الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل تسجيل صحيفة الدعوى (م ٢١٧ / قانون الشهر) . كذلك لا يمنع حل المشتري الأول بتسجيل سابق لعقد صوري ، سواء كان هذا العقد الصوري لا وجود له أصلا (نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ ص ٤٠٥ - ٣ يولييه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ ص ١٨٢) ، أو كان عقد ضمان في صورة عقد بيع (نقض مدني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤) .

ويجوز المشتري أن يمنع بتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد من وقت حصول التسجيل ، حتى لو كان عقد البائع له لم يسجل إلا بعد صحيفة دعوى صحة التعاقد (نقض مدني ١٢ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٥ ص ٤١١) .

استحقاق مالا كما سبق القول (١) ، فأدخلتها ضمن دعاوى الاستحقاق التي تسجل صحيحتها ويكون لتسجيلها الحجية التي قدمناها طبقاً للمادة السابعة من قانون التسجيل (٢) . وجاء قانون تنظيم الشهر العقاري مؤيداً للـ ١٠ ، وللنقض ، فنص صراحة في المادة ٢/١٥ كما رأينا على أنه يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية (٣) . ورتب على تسجيلها ، كما جاء في المادة

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٩ .

(٢) نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة محر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة محر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢ - ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النفق ٤ رقم ٥٨ ص ٤٠٤ - ٢٧ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النفق ٩ رقم ٢٢ ص ٢٤٣ - ١٥ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النفق ٩ رقم ٥٩ ص ٤٩٤ - ١٩ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النفق ٩ رقم ٧٣ ص ٨٧

(٣) ولا يجوز تسجيل عريضة دعوى صحة التعاقد إلا بعد إعلانها وقيداً بمجدول المحكمة (١٥٠ قانون الشهر) ، ولا يكن التأثير من مصلحة المساحة على صحيفة الدهوى (نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النفق ٣ رقم ١٥٦ ص ١٠١٢) . والمبرر في تحميد الأرض المحكوم بإثبات صحة التعاقد فيها هي بما ورد من ذلك في العقد الذي بيعت بموجبه ، لا بما يكون قد ورد في صحيفة دعوى صحة التعاقد (نقض مدني مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة محر ٤ رقم ٨٦ ص ٢٣٣) .

على أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا ينقل الملكية قبل التأثير بالحكم الصادر فيها (نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النفق ١ رقم ١١٧ ص ٤٦٠ - ١٣ يونيو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النفق ٨ رقم ٦٤ ص ٥٧٦) . ولما كانت محكمة النفق لا تأخذ بالأثر الرجعي للتسجيل ، فقد ثبت على أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا ينقل الملكية فيما يأتي : (١) رفض دعوى شفعة رقبها شتر لم يسجل عقد شتره لطار المشفر به وإن كان قد سجل صحيفة دعوى صحة التعاقد (٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النفق ٣ رقم ٦ ص ٣٢) . (ب) سقوط الحق في الأخذ بالشفعة بمضي أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع لا من يوم تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد (٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النفق ١ رقم ١٠٩ ص ٤٢٥ - ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النفق ٤ رقم ٤٤ ص ٣٠٩) . (ج) في صدد المفاضلة بين أي المالكين ، أرض الشفع أو أرض المشتري ، تمود عليه منقمة أكثر ، يسقط اختيار الشفع مالكا-جزء من الألمان التي يفتح بها على أساس مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد (٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النفق ٢ رقم ١٥ ص ٧٤) - فالتحاسب أثر الحكم إلى تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد مقصور على حاية واقع الدعوى من الحقوق التي تقرر على المقار بعد تسجيل صحيفة الدعوى (استئناف مصر ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢١٣ - الأستاذ عبدكامل مرسى شهر التصرفات فقرة ١٥٩ ص ٢٣٠) .



١٧/٢١ و أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى .

ولما كانت دعوى صحة التعاقد الفرض منها ثبوت أن عقد البيع قد صدر من البائع صحيحاً نافذاً وأن هذا العقد لا يزال صحيحاً نافذاً وقت صدور الحكم (١) ، فإنه يجوز للبائع أن يتقدم في هذه الدعوى بأى دفع يتعارض مع ذلك . فيجوز له إذن أن يدفع الدعوى بصورية البيع ، أو بطلانه لانعدام التراضي أو لاستحالة المثل أو لعدم مشروعية السبب أو لغير ذلك من أسباب البطلان (٢) . ويجوز له أن يرفع دعوى فرعية بإبطال البيع لغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، أو لنقص في الأهلية . ويجوز له أن يدفع بانفساخ البيع أو عدم نفاذه ، لتحقيق شرط فاسخ أو لعدم تحقق شرط واقف أو لاستحالة التنفيذ أو لغير ذلك من أسباب الانفساخ أو لعدم النفاذ (٣) . ويجوز له أخيراً

(١) لذلك يشع على المشتري عبء إثبات صدور عقد البيع من البائع . ولما كان البيع تصرفاً قانونياً ، فلا يجوز إثباته بالبينة أو بالقرائن إلا إذا كان الثمن لا يزيد على مئتين جنيهات . والغالب أن يقدم المشتري ورقة عرفية بالبيع عليها توقيع من البائع غير مصدق عليه ، فيستعاض بها بالبائع في أن يضمن في هذه الورقة بالتزوير أو بالبطلان أو بالإبطال أو بالفسخ أو بالانفساخ أو بغير ذلك من أوجه الطعن .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الثمن دكن من أركان البيع التي يجب التثبت من توافرها قبل الحكم بانقضاده ، وما يحرمه قاضي الموضوع من هذا التثبت في دعوى صحة التعاقد يجب عليه أن يورده في أسباب حكمه ليقرم هذا الإيراد شاهداً على أنه لم ينفذ أمر هذا الركن من أركان العقد المتنازع فيه ، ويمكن به محكمة النقض من أن تأخذ بحقها في الإشراف على مراعاة أحكام القانون . فإذا كان الحكم الصادر بثبوت حصول البيع بين طرفيه وبالترخيص بتسجيل الحكم ليقرم مقام العقد في نقل الملكية جهلاً به ركن الثمن المقول بأن البيع ثم على أسسه ، فإنه يكون مشوباً بأخطاء متباعدة (نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ بمجموعة ص ٥ رقم ٤٢ ص ١١٢) .

(٣) ومن أسباب عدم نفاذ البيع المدع بعدم تنفيذ العقد ، فإذا لم يتم المشتري بالتزامه من دفع الثمن ورفع مع ذلك على البائع دعوى بصحة التعاقد ، جاز للبائع أن يدفع هذه الدعوى بعدم تنفيذ المشتري لالتزامه يدفع الثمن فينتهز من تنفيذ التزامه بنقل الملكية ، وفقاً لقواعد المقررة في الدفع بعدم التنفيذ (نقض مدني ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض رقم ٤٧ ص ٤٥١ - ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٥٧ بمجموعة أحكام النقض رقم ٤٧ ص ٤٥١ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ بمجموعة أحكام النقض رقم ٨٧ ص ٧٨٩ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فترة ٩٥ ص ١٥٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فترة ٦٩ ص ١٠٩) .

أن يرفع دعوى فرعية بفسخ البيع لعدم قيام المشتري بتنفيذ التزاماته (١) .

== ومن أسباب إبطال البيع صدوره من محجور عليه دون أن تلحقه الإجازة ، فلا بد أن تثبت المحكمة عما إذا كان البيع في هذه الحالة قد أجيز أو بئ دون إجازة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تمسك المشتري برفع دعوى صحة التعاقد ونفاذه بأن ورثة البائع المحجور عليه قد أجازوا البيع بعد وفاته مما يترتب عليه نفاذ العقد الصادر من القيم ولو لم يأذن به المجلس الحسبي ، فلا يعرض الحكم لهذا الدفاع ، ويقضى برفض الدعوى بناء على أن المحجور عليه كان قد توفي في الوقت الذي صدر فيه إذن المجلس الحسبي ، فإن الحكم يكون قاصر التمسبب معنيًا بنفسه ( نقض مدني ١٤ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٩ ص ١٢٥ ) .

(١) أما إذا كان البيع منفسخًا فلا حاجة لرفع دعوى فرعية ، ويمكن دفع الدعوى الأصلية بأن البيع منفسخ . كذلك يمكن الدفع بعدم تنفيذ المشتري لالتزاماته ، فيستبدل ذلك بالحكمة أن تبحث أمر قيام المشتري بالتزاماته حتى يكون له الحق في طلب الحكم بصحة البيع ونفاذه . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان أساس دعوى صحة التعاقد حصول البيع وامتناع البائع عن تنفيذ التزاماته التي من شأنها نقل الملكية إلى المشتري ، وكان المطلوب فيها هو الحكم بتنفيذ هذه الالتزامات جبرًا على البائع ، وذلك بالحكم بأن البيع الذي صدر فيه صحيح وبأنه واجب النفاذ عليه وبالإذن في تسجيل الحكم توسلًا لا لنقل الملكية ، نفس بحكم هذا الأساس وتلك الطلبات تستلزم قانونًا من القاضي أن يفصل في أمر صحة البيع ، ثم يفصل أيضًا في أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته وهل كان له مذر في هذا الامتناع . وإذا كان من الأدلة الشرعية لعدم وفاء المتعاقدين بالتزامه في العقود التبادلية أن يكون التعاقد الآخر لم يوف بالتزامه ، فإن هذا يستتبع النظر في أمر قيام المشتري بتنفيذ التزاماته هو ، حتى يكون أو لا يكون له الحق في مطالبة البائع بتنفيذ التزاماته . وإذا كان محل هذه الأمور يتضمّن أن يتعرض لها القاضي للفصل في الدعوى ، فلا يصح القول بأن النظر بالحكمة فيها يكون مفيدًا بذات صحة التعاقد فحسب . وكذلك لا يصح القول بأنه على البائع رفع دعوى يطلب الفسخ مستقلة عن الدعوى المرفوعة عليه بصحة التعاقد ، إذ استعمال الحق كما يكون في صورة دعوى به يرفعها صاحبه يكون في صورة دفع في دعوى مرفوعة عليه ، ( نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٩ ص ٤٣٤ ) .

وإذا اشترى شخص عقارًا من غير مالكه ، ورفع على البائع دعوى صحة التعاقد ونفاذه ، وجب رفض الدعوى ، لا لأن بيع ملك الغير هنا قابل للإبطال إذ الإبطال من حق المشتري وحده وهو الذي يرفع الدعوى بصحة التعاقد فيكون رفعه للدعوى إجازة العقد ، ولكن لأن هذا البيع غير نافذ في نقل الملكية للمشتري ، ودعوى صحة التعاقد لا تقبل إلا إذا كان من شأن البيع المتمسك به فيها نقل الملكية ، ويستوى في ذلك أن يتدخل المالك الحقيقي في الدعوى أو لا يتدخل ( الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩٥ ص ١٥٠ - ١٥١ - وانظر في حالة تدخل المالك الحقيقي : نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٧ ص ١٠١٦ ) . فيجوز إذن للمالك الحقيقي أن يتدخل في دعوى صحة التعاقد ويدفع الدعوى بأن البائع ليس هو للمالك ، فلا يسوغ وقف الدعوى حتى يفصل في الملكية ، بل يجب الفصل في الملكية ==

وتتقادم دعوى صحة التعاقد بخمس عشرة سنة من وقت صدور البيع ،  
شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى (١) .

وكما يجوز للمشتري رفع هذه الدعوى على البائع ، يجوز له أيضاً أن يرفعها  
على وارث البائع بعد موت البائع ، باعتبار أن الوارث يمثل التركة وأن التزام  
البائع بنقل الملكية باق بعد موت البائع في تركته . ومن ثم لا يجوز لوارث البائع  
أن يحتج على المشتري بعدم تسجيل العقد الصادر له من المورث (٢) ، ويجوز

---

== في الدعوى ذاتها (نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٧  
ص ١٠٤٦) . وإذا تملك أحد الخصوم في دعوى صحة التعاقد بأنه يملك العقار بالتقادم  
الطويل ، وجب رفض دعوى صحة التعاقد (نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة  
أحكام النقض ٤ رقم ٣ ص ١١) . وإذا تملك أحد الخصوم في دعوى صحة التعاقد بملكه  
هو للعقار المبيع ، تبين على المحكمة المنظر أمامها الدعوى الفصل في ذلك ، إذ أن الحكم بصحة  
التعاقد يتوقف على التحقق من عدم سلامة هذا الدفاع (نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥  
مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٦ ص ١٦٢٤) . وقد يكون المالك الحقيقي شخصاً صدر له  
هقد من البائع وسجل قبل أن يسجل المشتري صحيفة دعوى صحة التعاقد ، فيجب في هذه الحالة  
رفض دعوى صحة التعاقد متى كان المشتري الذي سجل أولاً حسن النية (نقض مدني ١٧ ديسمبر  
سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٩ ص ٢٥٧) .

(١) غير أنه إذا تسلّم المشتري العقار من البائع ، فن الجائز أن يكون قد تملكه بالتقادم  
الطويل مدة خمس عشرة سنة . وإذا فرض أن هذه المدة لم تنقض منذ تسلّم المشتري  
العقار ، ولكنها انقضت منذ صدور البيع ، فهل تسقط دعوى صحة التعاقد بالتقادم وذلك  
بالرغم من تسلّم المشتري للعقار ؟ الظاهر أنه يمكن اعتبار تسلّم المشتري للعقار قاطعاً لمدة التقادم  
المسقط ، فلا تسقط دعوى صحة التعاقد إذا كان المشتري قد تسلّم العقار قبل انقضاء خمس  
عشرة من وقت صدور البيع (انظر في هذا المعنى الدكتور محمود شوقي في الشرح التاماري علماً  
ومحلاً ص ٢٠٠) .

(٢) نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة محرر ٣ رقم ٩٥ ص ٣٠٦ - كذلك  
لا يجوز لدائني شركة البائع أن يتسكروا ضد المشتري بعدم تسجيل البيع . فإذا مات البائع قبل  
الوفاء بتمهده بنقل الملكية ، لم يكن لدائنه للمدعي أن يدعي في مواجهة المشتري أي حق  
على العقار المبيع يتناقض مع تمهده البائع ، ولا يجوز لهذا الدائن إجراء التنفيذ على العقار باعتباره  
أنه كان مملوكاً للمورث وقت وفاته ، خصوصاً إذا كان المشتري قد سجل حكماً صدر له  
على الورثة بصحة التعاقد قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ (نقض مدني ٢ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة  
محرر ٤ رقم ١٠٥ ص ٢٦٩) .

ويجوز رفع دعوى صحة التعاقد على المتقاسمين مع البائع قسمة أفرزت المبيع (نقض مدني  
٥ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٦٤ ص ٤٤٩) .

لوارث المشتري أن يرفع دعوى صحة البائع أو على وارثه . على الوجه الذى قلناه (١) .

وإذا كان المشتري قد اشترى من بائع عقده لم يسجل ، فللمشتري أن يدفع باسم البائع له دعوى صحة التعاقد على البائع للبائع ، حتى يتمكن - بعد تسجيل الدعوى والتأشير بالحكم - أن يسجل عقد البيع الصادر له من البائع أو أن يحصل على حكم صحة التعاقد الصادر له هو من البائع (٢) .

(١) نفى مدنى ٢٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٥ ص ٣٠٦ وقد سبق الإشارة إليه . وقضت أيضاً محكمة النقض بأن طلب ورثة المشتري لعقار صحة ونفاذ البيع الذى عقده مورثهم لا يحيل موضوع الدعوى فى جميع الأحوال غير قابل للتجزئة ، إذا مثل هذه الدعوى التى يقصد منها أن تكون دعوى استحقاق مآلاً لا يعتبر فى الأصل قابلاً للتجزئة لكل وارث أن يطالب بحصته فى المبيع مساوية لحصة الميراثية ، وذلك ما لم يكن على المقد غير قابل للتجزئة لطبيعتها أو لانهود قصد المتعاقدين ( نفى مدنى أول مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٧٣ ص ٢٩٤ ) . ولكن يبدو أن البائع فى هذه الحالة أن يدفع دعوى أحد الورثة بعدم جواز تفرق الصفقة ، فيطلب تنفيذ البيع بأكمله ويتقاضى كل اثنين من التركة . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه يجوز تقرير عدم التجزئة بإرادة المتبايعين ، فإذا اشترى شخص قطعت أرضه مطلقين الواحدة عن الأخرى بمقد بيع واحد ، وتهد بوفاء دين قطعة مما يثبت من ثمن الثانية ، وانضمت رغبة البائع فى التخلص من ديونه دفعة واحدة ببيع قطعتى الأرض على السواء لمشتري واحد يكل من باقى ثمن إحداهما على الأخرى لنفس الدائن ، وجب رفض الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع بالنسبة إلى إحدى القطعتين لعدم القابلية للتجزئة ( نفى مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤ ) .

هذا ويجوز لدائن المشتري دفع دعوى صحة التعاقد باسم المشتري مدنيهم إذا أهل هذا فى رفضها ( الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٣١ ص ٧٦٠ ) .

(٢) نفى مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٩ ص ٣١٧ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٢ ص ٣٣٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٧ - الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٢١ ص ٣٦٠ - ٣٦١ ) . وقضت محكمة النقض بأن المشتري من مشتر لم يسجل عقده لا يستطيع أن يكلف البائع الأصل بالتوقيع له على عقد بيع صالح للتسجيل إذ هو لم يصفه منه ، بل كل ماله - حتى لو قيل بوجود حق مباشر له قبله - هو أن يطلب منه التوقيع على عقد بيع صالح للتسجيل لمن اشترى منه ( نفى مدنى ١٦ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٩ ص ٨٨٠ ) - وإذا دفع المشتري اندحوى على كل من البائع والبائع البائع ، فصل فى هذه الدعوى فى صحة الصفقة ، العقد الصادر من بائع البائع البائع والعقد الصادر من البائع للمشتري ، كما أن كل الحقوق التى كسبها البائع من بانه تتنقل إلى المشتري منه ( نفى مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ ص ٣٠١ ) .

## ٢٧٥ - دعوى صحة التوقيع : على أن المشتري قد يكون في يده

ورقة عرفية بالبيع موقفة من البائع بامضائه أو ختمه أو بصمة أصبعه ، ويمتنع البائع مع ذلك من الذهاب إلى الجهة المختصة للتصديق على توقيعه تمهيداً للتسجيل . وقد قدمنا أن للمشتري ، حتى في هذه الحالة ، أن يرفع دعوى صحة التعاقد ، فيصل بها إلى الحكم بصحة ونفاذ البيع على النحو الذي قدمناه . إلا أنه قد يقنع في هذه الحالة بدعوى أكثر بسراً ، ولكنها أقل شأناً ، وهي دعوى صحة التوقيع . وقد استمار العمل هذه الدعوى من دعوى تحقيق الخطوط الأصلية المعروفة في تقنين المرافعات .

فيجوز للمشتري أن يختصم البائع ليقر أن الورقة العرفية هي بامضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه ، ويكون ذلك بدعوى أصلية بالإجراءات المعتادة للدعوى . فإذا حضر البائع وأقر أو سكت أو لم ينكر توقيعه أو لم ينسبه إلى سواء ، اعتبرته المحكمة مقراً بتوقيعه على ورقة البيع ، وتكون جميع مصروفات دعوى صحة التوقيع على المشتري . أما إذا لم يحضر البائع ، حكمت المحكمة في غيبه بصحة التوقيع ، ويجوز له أن يعارض في هذا الحكم في جميع الأحوال . وإذا حضر البائع وأنكر التوقيع أو نسب إلى سواء ، اتخذت المحكمة الإجراءات التي رتبها تقنين المرافعات في المواد ٢٦٢ - ٢٧٦ لتحقيق التوقيع والحكم بصحته أو برد الورقة ( أنظر المواد ٢٧٧ - ٢٨٠ مرافعات ) . وحتى صدر الحكم بصحة التوقيع ، سواء باقرار البائع أو بعد التحقيق ، اعتبرت ورقة البيع العرفية هي والحكم بصحة التوقيع بمثابة عقد بيع مصدق فيه على الإمضاء ، فإذا سجلها معاً انتقلت الملكية إلى المشتري (١) .

---

(١) مع ملاحظة أن يرفع المشتري هذين السدين بالمستندات والأوراق المثبتة لأصل ملكية البائع ، كما هو الأمر في تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد .

وقد جرى المتعاملون على رفع دعوى صحة التوقيع في عهد قانون التسجيل ، وكثيراً ما كانت تستعمل هذه الدعوى للإختصاص ، فيتراضاً شخصان على كتابة ورقة عرفية يبيع فيها أحدهما للأخر عقاراً ملكاً للآخر ، ثم يرفع المشتري على البائع دعوى صحة التوقيع ، فيقر البائع بصحة توقيعه أو يليب ، فيحصل المشتري على حكم بصحة التوقيع يسجله مع عقد البيع العرفي . ومن أجل ذلك لم يذكر قانون الشهر العقاري دعوى صحة التوقيع من بين الدعوى التي تسجل صحتها ، = ( م ٢٢ - الوسيط ج ٤ )

ولما كان الغرض من دعوى صحة التوقيع هو مجرد ثبوت أن التوقيع الموضوع على ورقة البيع هو توقيع البائع ، فإنه لا يجوز المناقشة في هذه الدعوى في أمر صحة التعاقد ونفاذه كما هو الأمر في دعوى صحة التعاقد فيما قدما . فلا يطلب من المشتري إلا إثبات صحة توقيع البائع على الورقة العرفية ، ولا يجوز للبائع بعد أن تثبت صحة توقيعه أن يظن في البيع بأنه باطل أو قابل للإبطال أو أنه قد انسخ أو أن هناك عملا لفسخه أو أنه غير نافذ لأي سبب من الأسباب (١) ، فكل هذه مسائل لا شأن لدعوى صحة التوقيع بها ، ومحل

---

= ويقول الدكتور محمد شوق في هذا الصدد : « وقد كانت الأسباب التي سبق أن سردناها دافعة إلى ألا يقر قانون الشهر العقاري دعوى صحة التوقيع ، فاستبعد هذه الدعاوى من المحررات الواجب شهرها ، فاستبعد ذلك عدم شهر الأحكام الصادرة فيها . وعلى ذلك فقد امتنعت مكاتب الشهر من شهر أي حكم بصحة التوقيع صدر بعد أول يناير سنة ١٩٤٧ ، حتى ولو كانت الدعوى قد أُنيت قبل ذلك التاريخ إذ كان من الميسور لدى فيها تعديل طلبه إلى صحة الصلح الصادر إليه إن كان جاداً في دعواه » ( الشهر العقاري علما ومعلما ص ١٩٣ ) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الشهر العقاري : « كما أن النص ( ١٥٠ ) قد استبعد من المحررات الواجب شهرها دعوى صحة التوقيع » . وانظر أيضا الأستاذ محمد حل إمام ص ٢٩١ — ٢٩٢ .

ومها يمكن من أمر فإن دعوى صحة التوقيع كانت مألوفة في عهد قانون التسجيل كما قدما . ولا يوجد في الفروع العامة ما يمنع من رفعها حتى الآن ، ولكنها إذا رفعت لم يجز تسجيل صحتها ، وبما رضى مكتب الشهر في تسجيل الحكم الصادر فيها . ولكن إذا سجل هذا الحكم مع ورقة البيع العرفية ، كان هذا بمثابة تسجيل هذه البيع ، وانتقلت الملكية للمشتري . وقد قصت محكمة النقض بأنه لما كان الغرض من دعوى صحة التوقيع إنما هو الحصول على حكم يقوم مقام تصديق الموثق المختص على توقيع البائع أمامه على عقد البيع ، فإن هذه الدعوى لا يفيد تسجيلها شيئا ، بل لابد فيها من تسجيل الحكم بصحة توقيع البائع على البيع حتى ينتج التسجيل أثره في نقل الملكية وحتى يمكن الاحتجاج به من تاريخ التسجيل ( نقض مدني ٢١ أبريل سنة ١٩٥٥ بمجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٣٤ ص ١٠٣٢ - وانظر أيضا : نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٣٠٧ ) . وقضت محكمة النقض أيضا بأن دعوى صحة التوقيع ودعوى صحة التعاقد حكمهما سواء من حيث أثر تسجيل الحكم الصادر في كل منهما ، وإذن فالعقد المحكوم بصحة التوقيع عليه يعتبر من تاريخ التسجيل بمثابة العقد المسجل ( نقض مدني ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٥ ص ٧٢٣ - وانظر أيضا استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ بمجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٢٤٦ - ٢ مارس سنة ١٩٣٧ بمجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٧٠ ) .

(١) قارن محكمة استئناف أسيرط ١٤ مايو سنة ١٩٣٨ بمجموعة الرسمية ٣٩ رقم ١٩٥ ( حيث أجازت في دعوى صحة التوقيع أن يعضها البائع بأن المشتري لم يدفع الثمن للمحلل ) .

بجها يكون في دعوى صحة التماقد كما سبق القول . ذلك أن الحكم بسحة التوقيع لا يستفاد منه غير أن التوقيع الموضوع على ورقة البيع هو توقيع البائع ، فلا يفيد هذا الحكم أن البيع صحيح نافذ . ومن ثم كان تسجيل البيع مصحوباً بحكم صحة التوقيع غير مانع للبائع بعد ذلك من الطعن فيه بجميع الطعون المتقدمة الذكر في دعوى مستقلة يرفعها على المشتري (١) .

وتتقدم دعوى صحة التوقيع بخمس عشرة سنة من تاريخ توقيع الورقة ، شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى ، فيسقط حق المشتري في إثبات صحة التوقيع . يؤيد ذلك ما ورد في المادة ٢٧٦ مرافعات من أنه « إذا قضت المحكمة بصحة الورقة أو بردها أو قضت بسقوط الحق في إثبات صحتها ، أخذت في نظر موضوع الدعوى في الحال أو حددت لنظره أقرب جلسة » .

وكما يجوز للمشتري رفع دعوى صحة التوقيع على البائع ، يجوز له أيضاً رفعها على وارث البائع إذا كان البائع قد مات . غير أنه إذا أنكر وارث البائع توقيع مورثه على ورقة البيع وانكر خط مورثه في الورقة كلها ، لم يعد المشتري يستطيع أن يقدم لإثبات صحة التوقيع من أوراق المضاهاة إلا خط البائع أو امضاءه أو ختمه أو بصمة أصبعه الموضوع على أوراق رسمية . ذلك أن المادة ٢٦٩ مرافعات تنص على أنه « لا يقبل المضاهاة في حالة عدم اتفاق الخصوم إلا : (١) الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع الموضوع على أوراق رسمية . (٢) الجزء الذي يعترف الخصم بصحته من الورقة المكتفى بتحقيقها . (٣) خطه أو امضاءه أو بصمة أصبعه الذي يكتبه أمام القاضي » . وبعد موت البائع لم يعد ممكناً است كتابه ، ولم يعد ممكناً صدور اعتراف منه بجزء من ورقة البيع وقد أنكرها الوارث كلها ، فلا يبقى للمضاهاة إلا الأوراق الرسمية الموضوع فيها خط البائع أو توقيمه إذا وجدت هذه الأوراق . ويجوز لو ارث المشتري أن يرفع دعوى صحة التوقيع على البائع أو على وارثه ، على الوجه الذي قلناه .

---

(١) نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٣٦ ص ٨٤٩ -  
١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض رقم ١١٠ ص ٦٤٠ .

وإذا كان المشتري قد اشترى من بائع لم يسجل عقده ، فالظاهر أن هذا الأمر يتعلق بصحة أصل ملكية البائع ، فلا يجوز للمشتري أن يكتفى برفع دعوى صحة التوقيع على البائع للبائع باسم البائع ، بل يجب أن يرفع عليه باسم البائع دعوى صحة التعاقد على الوجه الذى أسلفناه (١) .

ويخلص مما قدمناه أن هناك فروقاً جوهرية بين دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع تتلخص فيما يأتى :

(١) المطلوب فى دعوى صحة التعاقد هو إثبات صدور عقد البيع من البائع وأنه بيع صحيح نافذ وقت صدور الحكم ، أما المطلوب فى دعوى صحة التوقيع فهو مجرد إثبات أن التوقيع الذى تحمله ورقة البيع العرفية هو توقيع البائع .

(٢) ويترتب على ذلك أن البائع فى دعوى صحة التعاقد يستطيع أن يظعن فى البيع بالبطان أو الإبطال أو الفسخ أو الانفساخ أو عدم النفاذ لأى سبب ، ولا يستطيع ذلك فى دعوى صحة التوقيع .

(٣) ويترتب على ذلك أيضاً أن الحكم بصحة التعاقد يجعل البيع فى مأمن من أن يظعن فيه فيما بعد بالطعون المتقدم ذكرها ، أما الحكم بصحة التوقيع فلا يمنع من الطعن فى البيع بجميع أوجه الطعون المتقدمة الذكر .

(٤) ويجوز للمشتري أن يرفع باسم البائع على البائع دعوى صحة التعاقد ، ولا يجوز أن يرفع دعوى صحة التوقيع .

(٥) وهناك أخيراً فرق هام يتعلق بتسجيل صحيفة الدعوى . فقد رأينا أن دعوى صحة التعاقد تسجل بصفحتها ، ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يتصرف فى العقار ، حتى إذا صدر الحكم بصحة التعاقد وأُشِر به المشتري على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، أصبح أى تصرف صادر من البائع من وقت تسجيل صحيفة الدعوى غير نافذ فى حق المشتري . أما دعوى صحة التوقيع فليست من الدعاوى التى تسجل بصفحتها ، وإذا سجلت فليس لتسجيلها أثر من ناحية عدم الاحتجاج بتصرف يصدر من البائع . والعبرة فيها بصدور



حكم بصحة التوقيع وتسجيل الورقة العرفية مع هذا الحكم ، ومن وقت هذا التسجيل فقط لا ينفذ في حق المشتري أى تصرف يصدر من البائع ويسجل بعد تسجيل المشتري لعقده مصحوباً بالحكم (١) . فإذا تصرف البائع لمشتري

(١) وقد قضت النقض في عهد قانون التسجيل بأن دعوى صحة التعاقد هي دعوى موضوعية تنصب على حقيقة التعاقد ، فتتناول محله ومداه ونفاذه . والحكم الذي يصدر فيها يكون مفرداً لكافة ما انعقد عليه الرضاء بين المتعاقدين ، بغیر ساجدة منه إلى الرجوع إلى الورقة التي أثبتت فيها التعاقد أولاً . وهي بما هيها هذه تعتبر دعوى استحقاق مآلاً ، وتدخل ضمن الدعاوى الواردة ذكرها في المادة السابقة من قانون التسجيل . أما دعوى صحة التوقيع فهي دعوى تحفظية شرعت لتطمين من يده سند عرفي على آخر إلى أن الموقع على هذا السند لن يستطیع ، بعد صدور الحكم بصحة توقيعه ، أن يتنازع في صحته . وهي ، بالنظر الذي شرعت له وبالإجراءات المرسومة لها في قانون المرافعات ، يتمتع على القاضي فيها أن يتعرض للتصرف الملون في الورقة من جهة صحت أو بطلانه أو نفاذه أو توقيفه وتقرير الحقوق للترتبة عليه . فالحكم الصادر فيها لا ينصب إلا على التوقيع الموقع به على الورقة . ولئن كان يجوز تسجيل هذا الحكم على اعتبار أنه من الملحقات المكللة لمقد البيع بشرط أن يكون هذا المقد مستوفياً لبيانات المطلوبة في المادة الثانية من قانون التسجيل ، وبشرط أن تراعى المحكمة عند الحكم بصحة التوقيع أحكام القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٨ ، إلا أن هذا التسجيل لا ينفذ أثره الأثر لتسجيل العقد العرفي المصدق من أحد المواطنين أو المأمورين السوميين طبقاً للمادة السادسة من قانون التسجيل على الإماءات الموقع بها عليه . ولذلك فإنه ليس لصاحبه به وجه أفضلية إلا من تاريخ التسجيل من غير أن يكون له أثر رجعي مبتدئ من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التوقيع . وإذن فدعوى صحة التوقيع ، وعنده ما هيها ، لا تدخل ضمن الدعاوى المشار إليها في المادة السابقة المذكورة ، وبالتالي فتسجيل صحتها لا يترتب عليه ما يترتب على تسجيل مرائف تلك الدعاوى ( نقض مدى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢ ) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن دعوى صحة التعاقد دون دعوى صحة التوقيع هي التي تعتبر من دعاوى الاستحقاق المنصوص في المادة السابقة من قانون التسجيل على أن تسجيل صحتها يحفظ لرافها حقوقه ، حتى إذا حكم له فيها بطلانها وتأثر بهذا الحكم وفقاً للقانون ، فإن الحكم ينسحب أثره إلى يوم تسجيل صحيفة الدعوى ، ويكون هذا التسجيل مفصلاً على تسجيل لاحق له . أما دعوى صحة التوقيع فلا تبدو أن تكون دعوى تحفظية الفرض منها . تطمين من يكون يده سند عرفي إلى أن صاحب التوقيع عليه لا يستطيع بعد الحكم فيها بصحة توقيعه أن يتنازع في التوقيع . وهي بهذا الفرض الذي شرعت له وبالإجراءات المرسومة لها يتمتع على القاضي فيها أن يتعرض للتصرف الملون في السند من جهة صحت وعدم صحت ، فالحكم الصادر فيها لا ينصب إلا على التوقيع فقط ، ولذلك فهي لا تدخل ضمن دعاوى الاستحقاق السابقة الذكر . والناظر في تكييف الدعوى هل هي تدخل في دعاوى الاستحقاق مآلاً أم هي إجراء تحفظي محض هو مجموع الملائمة القائمة بين الطرفين بناء على تشخيص غرض المدعي من دعواه . فإذا كانت الدعوى التي

آخر بعد رفع دعوى صحة التوقيع ، بل بعد تسجيل صحيفة هذه الدعوى إذا أمكن ذلك (١) ، وسجل المشتري الآخر عقده قبل أن يسجل المشتري الأول عقد البيع الصادر له مصحوباً بالحكم بصحة التوقيع ، فإن المشتري الآخر هو الذى يفضل على المشتري الأول (٢) .

من أجل هذه المزية الأخيرة فى دعوى صحة التعاقد ، وهى إمكان الاحتجاج

== رقبها المشتري وسجل صحيفتها قد أثبت واقعا فى صلب صحيفتها جوهر النزاع القائم بينه وبين البائع ، وأن له حق طلب الحكم بصحة التعاقد والتوقيع ، وفى أثناء نظرها قام النزاع على المناظرة بين تسجيل صحيفتها وتسجيل عقد المشتري الثانى ، وفصلت المحكمة فى الدعوى بأن فصلت بين هذين التسجيلين وانتهت بالحكم لمصلحة المدعى بما لا يظن وما كان يرى إليه المشتري الثانى من تدخله فى الدعوى — إذا كان ذلك ، فإن جريان الحكم فى منطوقه بالقضاء بصحة التوقيع لا يتعارض مع اعتبار الدعوى دعوى صحة تعاقد ، فإن أسبابه فى الظروف والملازمات التى صدر فيها تدل على أن الفرض الحقيقى من الدعوى لم يكن صحة التوقيع بل صحة التعاقد . وما جرى به المنطوق على تلك الصورة لا يمكن أن يكون له تأثير فى هذه الحقيقة ، إذ العبرة هى بما رى إليه الخصوم فى دعواهم وبالطريق الذى سيروها فيه واتجه إليه قضاء المحكمة عند الفصل فيها ( نقض مدنى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨٢ ص ٤٨٩ ) .

وقضت أيضاً بأنه إذا كانت دعوى صحة التوقيع — سواء كان سندها قانون المرافعات أو قانون التسجيل — لا تمدو أن تكون وسيلة لاعتبار التوقيع على العقد مصدقاً عليه مهيئاً لتسجيله ، فهى وتلك طبيعتهما دعوى شخصية لا تندرج ضمن الدعاوى البينية التقديرية التى نصت عليها المادة السابقة من القانون المذكور ولا تأخذ حكمها . فالقول بوحدة الأساس للقانونى لهذه الدعوى ودعوى صحة التعاقد التى تعتبر دعوى استحقاق مآلاً ، وإن صلح مبرراً للتسوية بينهما فى جمل الحكم الصادر فيما أداة سالحة لتسجيل العقد وما يترتب عليه من أثر أصيل ، لا يبرر التسوية بينهما فى أثر استثنائى منوط بطبيعة دعوى صحة التعاقد دون دعوى صحة التوقيع ( نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٢ ص ٦٦٦ ) .

(١) كان هذا ممكناً فى عهد قانون التسجيل ، وإليه أشارت محكمة النقض فى الحكم المخلص فى الحاشية السابقة ( نقض مدنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢ ) ، إذ تقول المحكمة فى صدر تسجيل الحكم بصحة التوقيع أن ليس لهذا التسجيل « أثر رجعى مبتدئ » من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التوقيع .

(٢) لكن إذا سجل المشتري عقد البيع الصادر له مصحوباً بالحكم بصحة التوقيع ، ثم باع المتعار إلى مشتر ثان سجل عقد شرائه قبل أن يسجل البائع صحيفة دعوى النسخ التى رقبها على المشتري الأول ، فإن المشتري الثانى وقد سبق إلى التسجيل لا يبيع عليه بالحكم الصادر فى دعوى النسخ ما دامت صحيفة هذه الدعوى قد سجلت بعد أن سجل المشتري الثانى عقده ( نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٧ ص ٣٠٧ ) .

بتسجيل صحيفة الدعوى فيها ، تضاف إليها أيضاً مزية أن الحكم بصحة التعاقد يعنى جميع أوجه النزاع في شأن عقد البيع ويكون الحكم حجة قاطعة على أن البيع صحيح نافذ ، غلبت دعوى صحة التعاقد في التعامل على دعوى صحة التوقيع (١) ، بالرغم مما في هذه الدعوى الأخيرة من يسر في الإثبات وتجنب للدفع التي رأيناها في دعوى صحة التعاقد ، وبالرغم من أن الرسم المقرر على دعوى صحة التوقيع (٢) أقل من الرسم النسبي على دعوى صحة التعاقد .

### ٢٧٦ - البيع غير المسجل بنشئ جميع الالتزامات المقررة

في جانب البائع وفي جانب المشتري : وإلى جانب الالتزام بنقل الملكية بنشئ البيع غير المسجل جميع الالتزامات الأخرى في جانب كل من البائع والمشتري . فينشئ في جانب البائع التزاماً بتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية .

فيلزم البائع ، بموجب البيع غير المسجل ، بتسليم المبيع إلى المشتري . ويجوز للمشتري أن يجبره على تسليم المبيع حتى قبل تسجيل عقد البيع . وإذا سلم المشتري المبيع ، وهلك في يده قبل تسجيل عقد البيع ، فإنه يهلك عليه مع أنه غير مالك ، ولا يهلك على البائع بالرغم من أنه لا يزال مالكا (٢) . ذلك أن ثبوت هلاك المبيع تدور مع التسليم إلى المشتري ولا تدور مع انتقال الملكية كما سنرى ، فإن المبيع يهلك على البائع قبل التسليم ولو كان البيع مسجلاً فانتقلت الملكية إلى المشتري ، وهلك على المشتري بعد التسليم ولو كان البيع غير مسجل فلم يصبح المشتري مالكا .

---

(١) وهذا في عهد قانون التسجيل ، أما قانون الشهر العقاري فقد قدّمنا أنه استبعد صحيفة هذه الدعوى من بين المحررات الواجب شهرها ، وقد امتنعت مكاتب الشهر عن نشر أى حكم بصحة التوقيع صدر بعد أول يناير سنة ١٩٤٧ ( انظر آنفاً نفس هذه المعلقة في الماشية ) .  
(٢) الرسم المقرر في دعوى صحة التوقيع هو حصة جنيهاً في التضياع الكلية وجنيهاً في التضياع الجزئية .

(٣) الأستاذ عبد المقيم البدروى فقرة ٢٢٧ ص ٣٥١ .

ويضمن البائع للمشتري ، بموجب البيع غير المسجل ، التعرض الصادر منه والتعرض الصادر من الغير والاستحقاق ، كما يضمن كل ذلك بالبيع المسجل (١) . فلا يجوز للبائع أن يبيع العقار مرة ثانية ، وإذا سجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول ، ضمن البائع للمشتري الأول التعرض الصادر منه واستحقاق المشتري الثاني للعقار . وإذا نفذ دائن البائع على العقار المبيع وسجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه ، ضمن البائع يستطع أن يحتج بأن المشتري قد قصر في عدم تسجيل البيع قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وذلك أن سبب التعرض آت من جهة البائع إذ دائنه هو الذي ينفذ على العقار (٢) .

ويضمن البائع للمشتري أخيراً ، بموجب البيع غير المسجل : العيوب الخفية في المبيع . وللمشتري أن يرجع بدعوى العيب الخفي على البائع ، حتى قبل أن يتسلم المبيع ، وحتى قبل أن يسجل عقد البيع ، على التفصيل الذي سنيسطه عند الكلام في ضمان العيوب الخفية .

وينشئ البيع غير المسجل في جانب المشتري التزاماً بدفع الثمن والمصروفات

- 
- (١) نفقش مدني ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة محر ١ رقم ٣٢٦ ص ١٠٤٩ .  
ولكن البائع إذا امتنع عن تسليم العقار للمشتري ، وأظهر نيته في وضوح أنه يضع يده عليه بنية تملكه ، وسكت المشتري عن المطالبة بالتسليم ، فلا يعتبر تعرضاً من البائع مضموناً عليه أن يبقى حائزاً للعقار بنية تملكه بالتقادم الطويل . فإذا بقى البائع حائزاً للعقار بنية تملكه خمس عشرة سنة ملكه بالتقادم ، ولا يتعارض ذلك مع ضمان البائع للتعرض فانه يملك العقار بسبب آخر مشروع . وسنبين ذلك تفصيلاً عند الكلام في ضمان التعرض ، ونكتفي هنا بملاحظة أن هذا الحكم صحيح حتى لو بقى البائع وأضام يده على العقار المبيع والبيع لم يسجل . ولا يمتنع على ذلك بأن البائع إنما يكون حائزاً للملكة إذ البيع لم يسجل فلا يتصور أن يملكه بالتقادم ، ذلك أن المشتري إذا سجل البيع بعد ذلك اعتبر ملوكاً له - فيما نرى - منذ صدور البيع لا من وقت التسجيل ، فيكون البائع قد حاز عقاراً غير ملوك له منذ البداية .
- (٢) ولكن يجوز للبائع بمقتضى غير مسجل أن يطلب تثبيت ملكيته في العقار المبيع أمام من يتنازعه فيه هذا المشتري ، الذي يلتزم البائع بعدم التعرض له بموجب الضمان الذي يتولا من عقد البيع ولو لم يكن مسجلاً ( نفقش مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النفقش ٩ رقم ١٠٢ ص ٧٧٦ )

والزاماً بتسلم المبيع . فيستطيع البائع ، ولو قبل تسجيل البيع ، أن يطالبه بتفنيذ  
هكل هذه الالتزامات على النحو الذى سنبينه فى موضعه (١) .

٢٧٧ - البيع غير المسجل ترتب عليه آثاره بوصفه بيعاً : وإلى جانب  
الالتزامات التى ينشأ البيع فى جانب كل من البائع المشتري ، فإن البيع بوصفه  
عقد بيع ترتب عليه آثار معينة ، من أهمها أنه يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، وأنه  
يكون سبباً صحيحاً فى التقادم الخمسى قبل التقنين المدنى الجديد ، وأن البيع الصادر  
من غير المالك يكون بيعاً قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري . وهذه الآثار جميعاً ،  
كما ترتب على البيع المسجل ، ترتب كذلك على البيع غير المسجل ، فإن التسجيل  
لا يمتد به وجوداً أو عدماً فى ترتيب البيع لهذه الآثار .

فالبيع غير المسجل يؤخذ فيه بالشفعة . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً له من  
آخر ، ولم يسجل المشتري البيع ، فإن الشفعى يستطيع أن يأخذ العقار المبيع  
بالشفعة ولو أن البيع لم يسجل . وتسرى مواعيد الشفعة دون اعتداد بالتسجيل ،  
فإذا صدر إنذار رسمى من البائع أو من المشتري إلى الشفعى (م ٩٤٠-٩٤١ مدنى) ،  
وجب على الشفعى إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فى الأخذ بها فى خلال  
خمس عشرة يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى (م ٩٤٠ مدنى) ولو كان هذا البيع  
لم يسجل . وكذلك يجب على الشفعى ، فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان  
الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، ولو لم يسجل البيع ، إبداء كل الثمن الحقيقى الذى  
حصل به بيع العقار المشفوع فيه خزانة المحكمة ورفع دعوى الشفعة وقيلها  
بالجدول . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية فى دوائرها المختصة ، فى عهد  
قانون التسجيل ، بأن هذا القانون لم ينسخ المبادئ القانونية العامة ولا شيئاً من  
أحكام الشفعة ، فعليه فإن حق الشفعة الذى ينشأ من يوم العلم بالبيع (٢) لا يمكن  
تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط ، لما  
فى ذلك من الضرر على المشتري الذى يظل زمناً مهلهلاً بالشفعة ، وإذن يسقط

(١) نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ٧٣ رقم ١١٣ - ٢٠ نوفمبر  
سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٦ ص ١٠٤٩ .  
(٢) فى التقنين المدنى الجديد من يوم الإنذار الرسمى بالبيع .

حق الشفع يسكوت مدة خمس عشر يوماً من يوم العلم بالبيع (١) ، لا من يوم التسجيل (٢) .

والبيع غير المسجل ، قبل التقنين المدنى الجديد ، يصلح صيماً صحيحاً في التقادم النظمى (٣) . فإذا اشترى شخص عقاراً من غير المالك ، ولو كان حسن النية ، يعتقد وقت صدور البيع أنه اشترى من المالك ، وحاز العقار خمس سنوات ،

(١) من يوم الإنذار الرسمى بالبيع في التقنين المدنى الجديد .

(٢) استئناف مصر للدوائر المحيطة ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ الحاماة ٨ رقم ٢٢٧ ص ٢٢٩ - المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ - وانظر أيضاً : نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٩ ص ٥٦٨ - ١٨ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٨ ص ٥٠٨ - ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ - ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ - استئناف غنطط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٦ .

ونفى من البيان أنه إذا وجد نص يحمل المبدأ يسرى من وقت التسجيل ، كما في سقوط الحق في الأخذ بالشفعة بأربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ( م ٩٤٨ مدنى ) ، فإن النص يكون واجب التطبيق في الحالة التي ورد فيها بالذات .

وما يؤكد أن البيع غير المسجل يكون بهذا الوصف في الشفعة ، أن الشفع إذا لم يسجل الرغبة في الأخذ بالشفعة قبل أن يبيع المشتري العقار لمشتري ثان ، فلا يجوز للأخذ بالشفعة إلا من اشترى الثاني وبالشروط التي اشترى بها ، حتى لو لم يسجل أى من المشتري الأول أو المشتري الثاني عقد . فالمعبرة في الشفعة بالبيع ، ولا ضرورة لتسجيله ، فهذا بيع أول غير مسجل لم يأخذ فيه الشفع بالشفعة ، ثم تلاه بيع ثان غير مسجل أيضاً هو الذي يأخذ فيه الشفع بالشفعة . وليس الشفع أن يمتنع بدم تسجيل البيع الأول وبأن حقه في الأخذ بالشفعة لا يزال باقياً في هذا البيع ما دام لم يسجل ، فإن هذا البيع الأول قد نسخته البيع الثاني ولو لم يسجل البيعان ( انظر المادة ٩٣٨ مدنى وتقول : إذا اشترى شخص مينا يجوز للشفعة فيها ، ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة ٩٤٢ ، فلا يجوز للأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها ) .

هذا وإذا كان غير ضرورى أن يسجل بيع العقار المشفوع فيه للأخذ بالشفعة ، فن الضرورى تسجيل بيع العقار المشفوع به ، فإن الشفع لابد أن يكون مالكا للعقار المشفوع به حتى يستطيع الأخذ بالشفعة ، وهو لا يملك هذا العقار إذا كان قد اشتراه إلا بتسجيل عقد شرائه . وسنرى فيما بعد - انظر فقرة ٢٨٤ - أن الشفع إذا كان يشفع بعقار ولم يكن قد سجل سنة قبل الأخذ بالشفعة ثم سجله بعد ذلك ، فإن الأثر الرسمى لتسجيل يحمل الأخذ بالشفعة صحيحاً . ولكن القضاء والفقهاء لا يعلنون بالأثر الرسمى لتسجيل على ما سنبيته ، ومن ثم فالأخذ بالشفعة ممتنعاً لا يجوز في هذه الحالة ( انظر الأستاذ عبد المنعم الهادوى فقرة ٢٤٠ ) .

(٣) تارن استئناف غنطط ٨ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣٧٢ .

فانه يملكه بالتقادم الخمسى ولو لم يكن البيع مسجلاً . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لا يشترط تسجيل السبب الصحيح لإمكان احتجاج واضع اليد به على المالك الحقيقى لإفادته التملك بالتقادم الخمسى، أما اشتراط ثبوت تاريخ السبب الصحيح للاحتجاج به في تحديد مبدأ وضع اليد فلا نزاع فيه قانوناً (١) . ولكن هذا الحكم الذى يستخلص من القواعد العامة قد عدله التقنين المدنى الجديد بنص خاص ورد في تحديد السبب الصحيح في التقادم الخمسى، إذا نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ مدنى على ما يأتى : « والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق الذى يراكسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون (٢) .

(١) نقض ملف ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٧ ص ٢٩٢ . وتقول محكمة النقض في هذا الحكم : « قبل قانون التسجيل يكاد يكون من المجمع عليه فقهاً وقضاً أنه لا يجب تسجيل السبب الصحيح لجواز احتجاج واضع اليد به على المالك الحقيقى ، اعتباراً بأن المالك الحقيقى لا يمكن اعتباره غيراً بالمدنى المفهوم لهذا النص في باب تسجيل العقود الناقلة للملكية . ولم يأت قانون التسجيل بما يخالف هذا المبدأ ، لأن البيع لا يزال معتبراً فيه أنه من العقود الرضائية التى تتم بالإيجاب والقبول وأن تسجيلها لا يزال غير معتبر أنه ركن ضرورى في وجودها القانونى ، ولأن قانون التسجيل هو قانون خاص بأحكام انتقال الملكية العقارية بالعقد ، ولذلك لم يبلغ من أحكام القانون المدنى إلا ما كان من موارده خاصاً بذلك . ومن جهة أخرى فلا يمكن اعتبار المالك الحقيقى عاتقاً لراضع اليد ولا غيراً من لهم حقوق عينية على العقار الموضوع اليد عليه ، فلا هو تلقى من البائع حقاً عينياً على العقار كان لا يتلقاه عنه إذا علم بالسبب الصحيح في حينه ، ولا هو في حاجة إلى العلم بالسبب الصحيح الصادر من غيره من طريق التسجيل ، لأن انزعاج العين منه ووضع الغير يده عليها واستمراره على ذلك خمس سنوات أبلغ في الإغفار إليه من العلم بالتصرف من طريق الكشف من دفاتر التسجيل . » انظر عكس ذلك : استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ الخيامة ١٧ رقم ٥٣ ص ١٠٣ - استئناف مخطط ٣٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣١٦ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٥ - ٧ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ١٥٠ - ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٥ - ١٤ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٢ ص ١٥٠ - وانظر عكس ذلك أيضاً الأستاذ عبد الحليم البدرولى فقرة ٢٤٢ ص ٣٧٦ - ص ٣٧٧ .

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى لتقنين المدنى الجديد أن المشروع آثر هذا الحل حتى يمكن التسجيل تمهيداً لإدخال السجل العقارى ( مجموعة الأعمال التحضيرية جز ١ ص ٤٩٨ ) . فيجب إذن اعتبار هذا الحكم حكماً استثنائياً ثبت بالنسب على خلاف اقتراده العامة القواعد يفرض معين ( انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحليم البدرولى فقرة ٢٤٢ ص ٣٧٧ ) .

والبيع غير المسجل لا يؤثر عدم تسجيله في قابلية بيع ملك الغير للإبطال . فقد قدما عند الكلام في بيع ملك الغير أن هذا البيع قابل للإبطال لمصلحة المشتري ، قبل أن يسجل وبعد التسجيل . فالبيع قبل أن يسجل هو بيع بهذا الوصف ، فإذا صدر من غير مالك كان بيع ملك الغير ، وأخذ حكم هذا البيع وهو القابلية للإبطال . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٦٦ مدني ، كما رأينا ، على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل » (١) .

## ب - حكم البيع بعد أن يسجل

٢٧٨ - البيع المسجل يرتب جميع الآثار التي يرتبها البيع غير المسجل :  
وغنى عن البيان أن جميع الآثار التي يرتبها البيع قبل أن يسجل ، وهي الآثار

(١) وقد نصت المادة ٣٣٦ من تقنين المقوبات على عقوبة النصب لكل من توصل إلى الاستيلاء على نقود الخ . . إما باستعمال طرق احتيالية وإما بالتصرف في مال ثابت أو منقول ليس لمالكه ولا له حق التصرف فيه . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً له وسجل البيع ، ثم باعه مرة أخرى ، اعتبر مرتكباً لجريمة النصب ولو أن البيع الثاني لم يسجل ، لأن البيع غير المسجل يعتبر مع ذلك تصرفاً ، فيكون البائع قد تصرف بالبائع الثاني غير المسجل في عقار خرج من ملكيته بتسجيل البيع الأول . أما إذا كان البيع الأول لم يسجل قبل صدور البيع الثاني ، فإن البائع يكون قد تصرف في عقار مملوك له ، إذ وقت صدور البيع الثاني لم يكن البيع الأول قد سجل فلم يخرج البائع من ملكية العقار . ولكن إذا أومح البائع المشتري الثاني بطرق احتيالية أنه لم يتصرف في العقار ، ثم سجل المشتري الأول قبل أن يسجل المشتري الثاني ، كان هذا نصياً بطرق احتيالية وكان المبنى عليه فيه هو المشتري الثاني ( أنظر في كل ذلك نقض جنائي ١١ أبريل سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر الجنائية ١ رقم ٢٢٥ ص ٢٦٧ - ٥ فبراير سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ١ رقم ١٧٤ ص ٢٢٥ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ٢ رقم ١٦٥ ص ٢٠٩ ) .

وقيل قانون التسجيل كان البائع إذا تصرف في العقار مرة ثانية ، حتى لو لم يسجل المشتري لأول محده ، اعتبر تصرفاً فيما لا يملك ، وكان هذا نصياً المبنى عليه فيه هو المشتري الثاني ( نقض جنائي ١٥ مارس سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٢٧ ص ٤٥ ) . أنظر أيضاً الأستاذ جده المنع الهدوى فقرة ٢٤٣ - فقرة ٢٤٤ .



التي تقصينا أهمها فيما قدمناه ، تبقى قائمة بعد أن يسجل البيع :

ففي البيع بعد تسجيله ، كما كان قبل تسجيله ، منشأ لالتزامات في جانب المشتري هي دفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع . ويستطيع المشتري بعد تسجيل البيع ، كما كان يستطيع قبل تسجيل البيع ، أن يطالب البائع بتنفيذ هذه الالتزامات ، كما يستطيع البائع أن يطالب المشتري بتنفيذ التزاماته . .

ويؤخذ في البيع المسجل بطبيعة الحال بالشفعة ، ويصلح البيع المسجل سبباً صحيحاً في التقادم الخمسي ، بل أصبح البيع المسجل وحده بعد التفتين المدنى الجديد هو الذي يصلح أن يكون سبباً صحيحاً دون البيع غير المسجل فيما قدمناه ، ويبع ملك الغير بين قابلاً للإبطال قبل التسجيل وبعده كما سبق القول .

## ٢٧٩- - ويزيد البيع المسجل بأنه ينقل الملكية فعدم قيامه المتعاقدين

وبالنسبة للملك الغير : ويزيد البيع المسجل في آثاره على البيع غير المسجل في أنه ينقل ملكية العقار فلا من البائع إلى المشتري بمجرد التسجيل (١) ، متى كان العقار وقت البيع مملوكاً للبائع ، إذ أن بيع ملك الغير لا ينقل الملكية إلى المشتري ولو سجل .

ونتأمل الملكية بالبيع المسجل فيما بين المتعاقدين (٢) وبالنسبة إلى الغير (٣) ،

(١) فإذا صححت حدود انقطار المبيع ، وجب تسجيل عقد التصحيح ، ولا تترتب آثاره القانونية إلا وقت تسجيله فلا ينسحب إلى وقت تسجيل العقد الأول الذي لم تصحح فيه الحدود . وقد قضت محكمة النقض بأن التعاقد على تصحيح حدود العقار المبيع ورفضه تعدل للبيع في جوهره ، حكمه حكم العقد الأصل نفسه من حيث إنه يجب أن يسجل لتترتب عليه آثاره القانونية ، فالحكم الذي يحجب تسجيل عقد البيع على عقد التصحيح المحرر بعده ويجعل أساس الأسبقية في التسجيل تاريخ تسجيل ذلك العقد يكون خطأ في تطبيق القانون ( نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٨١ ص ٧١٢ )

(٢) وكذلك الخلف العام والثالث إذا لم يسجل تنبيه نزاع الملكية قبل تسجيل المشتري مبيع ( نقض مدنى ١٠ يونيو سنة ١٩٥٤ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٤ ص ٩٢٦ ) .

(٣) وقد لا تظهر لأول وهلة أهمية عملية من محله الغير ، مادام لا يوجد محل للتمييز بين المتعاقدين والغير إذ الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل في جميع الأحوال ، وهذا على خلاف معه التفتين المدنى السابق حيث كانت الملكية تنتقل دون تسجيل فيما بين المتعاقدين وبالتسجيل .

ويحدد الغير على النحو الذى كان يحدد به في التقنين المدنى السابق فيما قدمناه

ويرتب على انتقالها فيما بين المتعاقدين أن تحدث جميع الآثار التى ترتب على نقل الملكية ، وأهمها ثلاث : (١) يكون للمشتري حق التصرف في العقار المبيع باعتباره مالكاً له ، ولو قبل أن يتسلمه من البائع . (٢) يكون للمشتري ثمر المبيع ونماؤه ، وعليه تكاليفه من نفقات حفظ وصيانة وضرائب وغير ذلك من الأعباء . وقد رأينا أن هذا الأثر يترتب من وقت البيع ، ولو قبل التسجيل (١). (٣) إذا أفلس البائع بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع ، جاز للمشتري أن يأخذ عين العقار المبيع من تغطية المشتري باعتباره قد أصبح مالكاً له ، دون أن يزاحمه فيه دائنو البائع . أما تحمل ثبوت هلاك المبيع فقد قدمنا أنها تنتقل مع تسليم المبيع إلى المشتري ، لأمع انتقال الملكية إليه (٢) .

ويرتب على انتقالها بالنسبة إلى الغير بالتسجيل ومن وقت هذا التسجيل أنه إذا باع البائع العقار مرتين لمشتريين مختلفين ، فأبهما سبق إلى التسجيل كان هو المفضل لأنه إذا سبق إلى تسجيل عقده انتقلت الملكية إليه لا فيما بينه وبين البائع فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى الغير وهو المشتري الآخر الذى تأخر عنه في التسجيل . وينبى على ذلك أنه إذا باع المالك عقاره لمشتري يسجل ، وباع المشتري العقار لمشتري ثان وتمكن هذا من تسجيل عقده (٣) ، فإن الملكية لا تنتقل من المشتري الأول إلى المشتري الثانى ، لأن المشتري الأول نفسه لم تنتقل إليه الملكية من البائع ما دام لم يسجل عقده . فإذا باع البائع العقار لمشتري آخر ،

---

== بالنسبة إلى الغير . ولكن الأهمية العملية لتسيير ، عهد قانون التسجيل وقانون الشهر ، تعود إلى التطور لو قلنا إن انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين يستند بأثر رجعى إلى وقت البيع ، أما بالنسبة إلى الغير فلا تنتقل الملكية إلا وقت التسجيل . وسنعود فيما يلي إلى هذه المسألة

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٩

(٢) أنظر في كل ذلك آنفاً فقرة ٢٣٩ .

(٣) نفرض جدلاً أن المشتري الثانى يتمكن من تسجيل عقده ، لأنه في الواقع لا يستطيع . إذ هو مكلف حتى يستطيع تسجيل عقده أن يقدم سند ملكية البائع له ( أى المشتري الأول ) مسجلاً . وقد قدمنا أن المشتري الأول لم يسجل عقد شرائه . وفى هذا الصدد تنص المادة ٢٣ من قانون الشهر على أنه « لا يقبل من المهررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني وفقاً لأحكام المادة السابقة إلا : (١) المهررات التى سبق شهرها ... » .

وسجل هذا المشتري الآخر عقده ، فان للملكية تنتقل من البائع ، وقد ظل مالكا للمقار لعدم تسجيل البيع الصادر منه للمشتري الأول ، إلى المشتري الآخر ، فيفضل هذا المشتري الآخر على المشتري الثاني الذي سجل عقده أولا . وكان الحكم في عهد التقنين المدني السابق يخلف ، فقد كانت المادة ٧٤٦/١١٩ من هذا التقنين تنص ، كما رأينا ، على أنه : في حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها . فكان المشتري الثاني الذي سجل أولا تنتقل إليه الملكية إذ يكتفى بتسجيل عقده ، ومن ثم كان يفضل على المشتري الآخر الذي سجل عقده بعد تسجيل عقد المشتري الثاني (١) .

يبقى بعد ذلك أن نبحث : أولا - في انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، متى تنتقل الملكية ، أنتقل من وقت التسجيل أم تنتقل بأثر رجعي من وقت البيع ؟ ثانياً - في انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير بالتسجيل ، هل يشترط حسن النية في المشتري الذي سجل عقده قبل المشتري الآخر ؟

#### ٢٨٠ - أولا - نقل الملكية فيما بين المتعاقدين - هل للتسجيل

أثر رجعي : رأينا أن ملكية المقار المبيع فيما بين المتعاقدين لا تنتقل إلا بتسجيل البيع ، فإذا ما انتقلت بالتسجيل فهل هي تنتقل من وقت التسجيل ، أو يستند انتقاليها بأثر رجعي إلى وقت البيع فيعتبر المشتري بعد تسجيل العقد مالكا فيما بينه وبين البائع من وقت البيع ؟

الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء هو أنها تنتقل من وقت التسجيل ، فليس لا ننتقلها أثر رجعي يستند إلى وقت البيع ، وهذا هو الرأى الذى يؤيده ظاهر النصوص . غير أن هذا الرأى يعارضه رأى آخر يذهب إلى أن لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين أثراً رجعياً يستند إلى وقت البيع .

فستعرض الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء ، ثم نستعرض الرأى الذى يعارضه .

---

(١) الأستاذان أحمد نجيب الملal وسامد زك فقرة ٢٧٥ ص ٢٧٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٥ - الأستاذ عبد المنعم البدرارى فقرة ٢٢٣ - الأستاذ منصور مطلق منصور ص ١٢٨ هامش ١ .

## ٢٨١ - الرأى الرى استقر عليه الفقه والقضاء - لمعى للتسجيل

أمر رجعى : يستند هذا الرأى ، وقد أخذت به الكثرة الغالبة من الفقهاء فى مصر (١) ، إلى نصوص القانون وإلى الغرض الذى توخاه المشرع من نظام التسجيل الجديد وإلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض ، فيستخلص من كل ذلك الحجج الآتية :

أولاً - نصوص القانون جاءت مطلقة ، فهى تقرر فى وضوح أن عقد البيع يجب شهره بطريق التسجيل ، وأنه يترتب على عدم التسجيل أن الملكية لا تنتقل لافياً بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى غيرهم . فهذا قانون التسجيل تنص المادة الأولى منه على أن « جميع العقود الصادرة بين الأحياء . . . والتى من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني عقارى آخر أو نقله . . . يجب إظهارها بواسطة تسجيلها . . . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل . . . لا فياً بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم » . وهذا قانون تنظيم الشهر العقارى تنص المادة التاسعة منه أن « جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله . . . يجب شهرها بطريق التسجيل . . . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل . . . لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم » . فالنصوص إذن صريحة فى جعل المتعاقدين والغير فى مركز واحد بالنسبة إلى انتقال الملكية . ولما كان الشك لا يتطرق فى أن انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير لا يكون إلا بالتسجيل من وقت هذا التسجيل ، كذلك يجب ألا يتطرق الشك فى أن الملكية فيما بين المتعاقدين لا تنتقل إلا بالتسجيل ومن وقت التسجيل . ولم يقل المشرع فى أى نص من نصوص قانون التسجيل ولا فى أى نص من نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى إنه يفرق بين المتعاقدين والغير فى وقت انتقال الملكية . وأنه يجعل لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين أثراً رجعياً ، فلا يجوز مخالفة نصوص

(١) الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زك فقرة ٢٧٠ - فقرة ٢٧٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٦ - الأستاذ محمد على إمام فقرة ١٦٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩٩ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٠٩ - الأستاذ منصور مصطاف منصور فقرة ٧١ - الأستاذ اسماعيل غانم ص ٨٩ - ص ٩٠ .

التشريع الواضحة في هذا الصدد . ولما أراد المشرع ، في أحد المرات ، أن يجعل للتسجيل أثراً رجعياً ، صرح بذلك في غير لبس . فنص قانون التسجيل ، في خصوص تسجيل الدعاوى ، في المادة الثانية عشرة منه على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة السابعة أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم مؤشر طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأصحاب الديون العقارية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها » . ونص قانون تنظيم الشهر العقاري في هذا الصدد أيضاً ؛ في المادة السابعة عشرة منه ، على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها » . فلو أراد المشرع أن يجعل للتسجيل أثراً رجعياً فيما يتعلق بانتقال الملكية بين المتعاقدين ، لما سكت عن ذلك ، ولنص عليه في الصراحة التي نص بها على الأثر الرجعي في خصوص الدعاوى .

ثانياً - وبما يقطع في أن نية المشرع في قانون التسجيل وفي قانون تنظيم الشهر العقاري قد انصرفت إلى جعل أثر التسجيل واحداً فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، فيستوى الجميع في كيفية انتقال الملكية وفي وقت انتقالها ، ما جاء في المذكرة الإيضاحية لكل من التشريعين . فقد ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل ما يأتي : « فيتعين مراعاة للمصلحة العامة ضمان شهر التصرفات العقارية بتقرير جزاء قانوني يكون أشد صرامة من مجرد عدم إمكان المسك بهذه التصرفات في وجه غير المتعاقدين . فيتحم إذن جعل التسجيل شرطاً أساسياً لانتقال الملكية والحقوق العينية بالنسبة للمتعاقدين ولغير المتعاقدين على السواء » (١) وورد في المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقاري : « أما الفقرتان الثانية والثالثة من هذه المادة ( التاسعة ) فهما مطلقتان لفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من القانون الحالي ( قانون التسجيل ) . ولم ير إجراء أي تعديل في نصوصهما ، اكتفاء بما استقرت عليه أحكام محكمة

---

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل فقرة ٤ .

التقص والإبرام تفسيراً لهذه النصوص . وهذه الأحكام تقضى بأن الحقوق المبنية المشار إليها في هذه المادة لا تنشأ ولا تنتقل ولا تنبئ ولا تزول إلا بالتسجيل ومن تاريخ هذا التسجيل ، دون أن يكون لهذا التسجيل أثر رجعي ينسحب إلى تاريخ التصرف نفسه . كما أنها تقضى بأنه بمجرد انعقاد التصرف الواجب شهره يكون لمن عقد التصرف لمصلحته جميع الحقوق التي من شأن هذا التصرف أن يرتبها له ، عدا انتقال الحق المبني فيترأى هذا الانتقال حتى حصول التسجيل (١) .

ثالثاً - إن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين يتعارض مع الفرض الأساسي الذي توخاه المشرع بالتعديل الجوهرى الذى أدخله على نظام الشهر كما كان مقرراً في التقنين المدنى السابق . فقد قصد المشرع في قانون التسجيل وفي قانون تنظيم الشهر العقارى أن يكون انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين كاتفاهاً بالنسبة إلى الغير بالتسجيل ، وتوطيداً لدعائم الملكية العقارية بجعل انتقالها حتى فيما بين المتعاقدين خاصاً للشهر والعالية ، فقبل ذلك لا تنتقل الملكية . وفي هذا استقرار لنظام انتقال هذه الملكية ، ودافع يحفز المتعاقدين إلى المبادرة بتسجيل عقودهم مادامت هذه العقود لا تنقل الملكية أصلاً حتى فيما بينهم قبل أن تسجل ، ولا تنتقل الملكية إلا من وقت التسجيل ، وذلك كله تمهيداً لإدخال نظام السجل العقارى في مصر . ولوقلنا إن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين بالتسجيل ولكن من وقت العقد ، لائتمت أمام المشتري أسباب التراضي في تسجيل عقده ، ما دام مؤقتاً أنه مهما أبطل في هذا التسجيل فإن الملكية تنتقل إليه من وقت العقد بمجرد تسجيله ، ليستوى عنده إذن أن يسرع في التسجيل أو أن يعطى ما دامت النتيجة واحدة في الحالتين .

---

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى فقرة ١٧ - وتستر المذكرة الإيضاحية في نفس الفقرة تقول : « في عقد البيع مثلا لمشتري العقار الحق في تسلمه وفي الحصول على ربه وشمراته طبقاً لأحكام هذا العقد قبل التسجيل . وكذلك هذا المشتري الحق في مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذاً مهنياً ، فإذا امتنع أو تأخر جاز للمشتري أن يحصل في مواجهته على حكم بإثبات عقد البيع ، فيقوم هذا الحكم مقام العقد المصدق على التوقيع فيه ويكون قابلاً للتسجيل » .

وابياً - إن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيها بين المتعاقدين يعود بنا إلى جعل الملكية تنتقل في تاريخين مختلفين ، من وقت العقد فيما بين المتعاقدين ومن وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . وفي هذا شنود أراد المشرع في كل من قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري تجنبه ، بالقضاء على التمييز بين المتعاقدين والغير وما يترتب على ذلك من وجوب تحديد من هو الغير تحديداً لا يخلو من الإشكال والتعقيد .

خامساً - قد استقر قضاء محكمة النقض على أن ليس التسجيل أثر رجعي في نقل الملكية فيما بين المتعاقدين ، فلا تنتقل الملكية فيما بينهما إلا من وقت التسجيل لا قبل ذلك .

فقد قضت محكمة النقض بأن الشارع إنما قصد في قانون التسجيل تأخير نقل الملكية إلى أن يتم تسجيل العقد . فليس التسجيل بمثابة شرط توقيني ينسحب بتحقيقه أثر العقد إلى يوم تاريخه ، ولذلك لا يعتبر المشتري مالكا إلا من يوم تسجيل عقد شرائه . فإذا حصل دائن على اختصاصه بمقار اشتراء مدينه بعقد ثابت التاريخ ولكنه لم يسجل ، فليس له أن يحتج بهذا الاختصاص على من اشترى العقار بعد ذلك من المدين وسجل عقده ، إذ أن الاختصاص يكون في هذه الحالة قد أوقع والعقار غير مملوك للمدين . وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : « وبما أن ما تقول به الطاعة من أن تسجيل عقد البيع هو بمثابة شرط توقيني لانقال الملكية إذا ما تحقق انسحب أثره إلى الماضي هو قول خاطيء ، فإن حقيقة ما رى إليه الشارع من قانون التسجيل هو تأخير نقل الملكية ريثما يتم تسجيل عقد التصرف ، من غير أن يجعل ذلك التسجيل بمثابة شرط توقيني لو وقع يكون له أثر رجعي يجعل التصرف ناقلا للملكية من يوم تاريخه العرفي أو الثابت على صورة الالتزامات التوقيفية للنصوص عنها في المواد ١٠٥ وما يليها من القانون المدني ( القديم ) . لم يرم الشارع إلى غير ذلك ، وإلا لكان ذهب بمحكمة تشريع قانون التسجيل من وجوب حماية الغير من العقود والالتزامات التي لم تنشر بواسطة التسجيل . ولعل من أحد الأمثلة التي تتكشف بها هذه المحكة ما هو مسلم به طراً من أن عقد الرهن العقاري الذي يعقده المشتري لعين قبل تسجيل عقد شرائه لإياها هو عقد باطل ، لأنه لم يصادف

عيناً في ملك الراهن . وحق الاختصاص هو مثل الرهن العقاري ، ويجب أن ينصب على ما هو في ملك المدين ملكاً واقعياً على مقتضى أحكام قانون التسجيل (١) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن استناد أثر الشرط إلى الماضي على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدني ( القديم ) إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون هو الذي قرر الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام ، فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه ، أما قبله فلا ، لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر . وعلى هذا لا محل لتطبيق المادة ١٠٥ المذكورة في غير باب التمهيدات والعقود ، وبصفة خاصة لا محل لتطبيقها على ما كان من الشروط جعلياً مردوداً إلى إرادة الشارع كشرط التسجيل لنقل الملكية ، لأن هذا التورع من الشرط باق على أصله فلا انسحاب لأثره على الماضي . على أن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيه منافاة لمقصود الشارع في وضع قانون التسجيل . فالحكم الذي يقضى برفض دعوى الشفعة ، بناء على أن الشفيع لم يكن مالكاً للعين المشفوع بها يرم اشتراكها بل من تاريخ تسجيل عقد الشراء ، لا يكون مخالفاً للقانون في نفيه الأثر الرجعي للتسجيل . وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي :

وحيث أن استناد أثر الشرط إلى الماضي ، على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدني ( القديم ) إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون هو الذي قرر الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام ، فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه ، أما قبله فلا . ذلك لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر . غير أن الشارع قد لاحظ أن العاقدين إذا بعلقان اتفاقهما على شرط - أي على أمر مستقبل قد يوجد وقد لا يوجد - يكونان جاهلين مآل الشرط فلا يعرفان هل يتحقق أو يتخلف ، فقلوا أنهما لو كان على علم بهذا المآل لأقاما عليه اتفاقهما منذ البداية . وعلى هذا التقدير أو الفرض القانوني قامت نظرية الأثر الرجعي للشرط ، ولا مبرر لها

---

(١) نقض مدني ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة محر ٢ رقم ١٦٤ ص ١٩٧ .



في الشرائع التي أخذت بها إلا أنها تعبر عن إرادة العاقدين ، فقصر تطبيقها من أجل ذلك على دائرة الاتفاق . وقد التزم القانون نفسه هذه الدائرة ، فأورد نص المادة ١٠٥ التي قررت الأثر الرجعي للشرط في باب التعهدات والعقود ، وعلى ذلك فلا محل لتطبيق هذا النص في غير هذا الباب . وبصفة خاصة لا محل لتطبيقه على ما كان من الشروط جملياً مردوداً إلى إرادة الشارع - كشرط التسجيل لنقل الملكية - لأن هذا النوع من الشروط باق على الأصل ، فلا انسحاب لأثره على الماضي . وحيث أنه فضلاً عما تقدم فإن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيه منافاة لمقصود الشارع من وضع قانون التسجيل . ذلك لأن هذا القول يثير من جديد التمييز بين الغير وبين العاقدين ، والقضاء على هذا التمييز بالذات كان بعض ما أريد بوضع هذا القانون . ثم إن هذا القول أيضاً من شأنه أن يضمف جزاء عدم التسجيل ، في حين أن واضع القانون المذكور إنما أراد أن يكون هذا الجزاء صابراً رادعاً ليحمل المتعاملين على المبادرة إلى التسجيل قصد تهيئ الطريق لنظام السجلات العقارية المرجو إنشاؤه في المستقبل (١) .

(١) نقض مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة من ٥ رقم ١١٢ ص ٢٥٥ .  
وقد قفست محكمة النقض أيضاً بأن التسجيل إنما يترتب أثره من تاريخ حصوله ، ولا يترتب إلى تاريخ سابق عليه . فاستناد الحكم إلى أن عقد البيع غير المسجل يعتبر مطلقاً على شرط التسجيل بالنسبة إلى نقل الملكية ، حتى إذا ما تحقق الشرط ارتد أثره إلى تاريخ التسجيل - ذلك غير صحيح ، لأن ارتداد أثر الشرط إلى الماضي إنما يصح حيث يكون التعلق على الشرط ناشئاً من إرادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون قد أوجب إجراء معيناً ورتب عليه أثراً قانونياً ، فهذا الأثر لا يتحقق إلا بنجام الإجراء ولا ينسحب إلى الماضي . فإذا قضى الحكم بالشفعة بناء على مجاورة أرض الشفع للارض المشفوعة فيها من حدين ( القبل والشرق مثلاً ) ، بقررة أن تسجيل الشفع عند شرائه الأرض الواقعة في الحدة الشرق يترتب أثره إلى تاريخ العقد ، فإنه يكون قد أخطأ ( نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٥ ص ١١٨ ) .  
وقفت محكمة النقض كذلك بأن الأصل أن أثر التسجيل في نقل الملكية لا يترتب إلا على تسجيل العقد أو الحكم الذي من شأنه إنشاء حق الملكية أو أي حق حقيقي آخر ، وأن هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضي . ولا يصحح على ذلك بالمواد ٧ و ١٠ و ١٢ من قانون التسجيل ، لأنها إذا أجازت تسجيل صفات الدعوى ورتبت على التأشير بمطوق الحكم انسحاب أثر التأشير إلى تاريخ تسجيل الصحيفة ، فأنما أجازته على صييل الاستثناء حماية لأصحاب تلك الدعوى قبل من ترقبت لهم حقوق معينة على ذات العقار . وهو استثناء لا يصح للتوسع فيه أو للقياس عليه . وإذن فإذا كان الحكم ، وهو في صدد المفاضلة بين أي المالكين أرض الشفع أو أرض المشتري فهو =

## ٢٨٢ - الرأى المعارض - للتسجيل أثر رجعى فيما بين المتعاقدين

- **معلومات مبدئية** : ونحن نؤثر الرأى المعارض ، ونذهب إلى القول بأن الأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين هو الذى يتفق مع طبيعة البيع وطبيعة نظام التسجيل ومقتضيات الصناعة القانونية (١) .

ونتقدم قبل إيراد الحجج التى نستند إليها بالملاحظات الآتية لجلاء الموقف :

**الملاحظة الأولى** - لاشك فى أن الملكية بالنسبة إلى الغير لا تنتقل إلا من وقت التسجيل ، وذلك يرجع إلى طبيعة التسجيل والمهمة التى يقوم بها . فهذه المهمة هى إعلام الناس بوقوع تصرف قانونى ، فبدىهى ألا يسرى هذا التصرف فى حق الناس ممن يعنيه الأمر - وهؤلاء هم الغير - إلا من وقت التحكى من العلم بالتصرف عن طريق التسجيل ، أى من وقت التسجيل (٢) .

**والملاحظة الثانية** - إن الاستناد إلى القول بأن التسجيل شرط واقف فى نقل الملكية فيما بين المتعاقدين لتبرير الأثر الرجعى للتسجيل استناد خاطيء . وقد كانت محكمة النقض موفقة كل التوفيق عندما استظهرت أن الشرط الواقف لا يكون إلا فى منطقة الإرادة ، أما حيث يكون القانون هو الذى قرر الشرط وعلق عليه حكما ، فإن هذا الحكم المشروط لا يوجد إلا عند تحقق

---

= عليه منظمة أكثر ، أسقط اعتبار الشفع مالمَّا يجره من الألمان التى يشفع بها على أساس أن تسجيل الحكم الصادر بصحة التعاقد منها لاحق لعقد المشتري الذى تولد عنه حق الشفعة ، فانه لم يضىء فى تطبيق القانون ( نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤ - أنظر أيضا : نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٤ ص ٣٠٩ - استئناف غنط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨ - عكس ذلك : محكمة الاسكندرية الوطنية استئناف ١٤ يناير سنة ١٩٤٠ المجلد التفضيلى ٦٩ ص ١٨ ) .

(١) وله أفرنا إلى تأييدنا هذا الرأى فى كتابنا عقد الإيجار فقرة ٤٨٠ . ولقول من قال بهذا الرأى الأستاذ عبد السلام ذهبى ( الأموال جزء ٢ فقرة ٦٢٧ - مقالته فى المصامدة ٦ ص ٦٠٦ - ٦٠٧ ) .

(٢) ويمكن القول إن الملكية تنتقل بالتسجيل من وقت العقد ، ولكن انتقال الملكية لا يسرى فى حق الغير إلا من وقت التسجيل . فانتقال الملكية يقع من وقت العقد إطلاقا ، وترتبعه إلى وقت التسجيل فى حق الغير هو عدم نقله لا عدم انتقال .

شرطه ومع وقت تحقق هذا الشرط ، لأن الأثر لا يسبق المؤثر ، وما كان من الشروط جمعياً مردوداً إلى إرادة الشارع كشرط التسجيل لنقل الملكية لا ينسحب أثره إلى الماضي (١) .

والملاحظة الثالثة - إن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين ليست له أهمية كبيرة من الناحية العملية ، إذ أن تقرير الأثر الرجعي وإنكار هذا الأثر لا يختلفان كثيراً من حيث الحلول العملية للمسائل التي تعرض لتطبيق كل من القولين . ولكن القول بالأثر الرجعي ، من ناحية الصناعة القانونية ، أكثر استساعة من إنكار هذا الأثر في بعض المسائل ، وفي مسائل أخرى قليلة يكون دون غيره هو القول الحق وفي هذه المسائل وحدها تبرز أهمية العملية .

وبعد أن فرغنا من معالجة الموقف بهذه الملاحظات ، نأتي بأمثلة القول فيها بالأثر الرجعي هو أكثر استساعة من ناحية الصناعة القانونية ، ثم نأتي بأمثلة أخرى يكون فيها هذا القول هو وحده القول الحق .

### ٢٨٣ - القول بالأثر الرجعي أكثر استساعة من نامية الصناعة

القانونية : نسوق هنا مسائل يبين فيها أن تقرير الأثر الرجعي وإنكاره يستويان من ناحية النتائج العملية ، ولكن القول بالأثر الرجعي يكون أكثر استساعة من ناحية الصناعة القانونية :

(١) تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدنى على ما يأتى : « والمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » . فالقانون ينص هنا على أن ثمر المبيع ونماؤه يكون من وقت تمام البيع - لا من وقت تمام التسجيل - للمشتري ، وعليه تكاليف المبيع من وقت تمام البيع أيضاً . ويقول الفقه في تفسير هذا الحكم إنه يرد إلى التزام البائع بالتسليم ، فهو ملزم بتسليم المبيع

---

(١) أنظر في أن الشرط أمر عارض ، وفي أن الأثر الرجعي لتحقيق الشرط إنما يرجع إلى الفية المحصلة للمتاعدين ، ولو أنها كانت عند تصاته يرفغان ما ل الشرط لما علقا المقدم عليه وبعبارة مفصلة بسيطاً متجزاً الموسط جزء ٢ فقرة ١٥ - فقرة ١٦ وفقرة ١٢ من ص ٦٥ .

ملحقاته ، والنمر هو من ملحقات المبيع ، فيكون البائع ملزماً بتسليمه مع المبيع .  
وفي هذا التعليل توسيع لفكرة « ملحقات المبيع » أكثر مما تحتمله طبيعة الملحقات .  
فلملحقات الشيء ليست جزءاً منه يتولد عنه كالنمر والنماء ، بل هو شيء مستقل  
عنه أحد بصفة دائمة لاستعماله فيكون ملحقاً به . وقد حددت المادة ٣٣٢ مدني  
ملحقات المبيع على الوجه الآتي : « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل  
ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقتضيه طبيعة الأشياء  
وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » . فتملك المشتري نمر المبيع من وقت تمام البيع ،  
على أساس أن هذا النمر ملحق بالشيء المبيع فيكون واجب التسليم للمشتري ،  
لا يستقيم من ناحية الصناعة القانونية (١) . وهو في الوقت ذاته لا يفسر كيف  
يكون على المشتري تكاليف المبيع من وقت تمام البيع ، وفكرة التسليم هنا  
لادخل لها . والذي يستقيم ويكون أكثر استساعة من ناحية الصناعة القانونية  
أن نقول إن المشتري يصبح مالكا للمبيع من وقت تمام البيع بالنسبة إلى البائع ،  
وباعتباره مالكا من هذا الوقت يملك نمر ملكه ونماء هذا الملك (٢) ويكون  
عليه تكاليفه . وهذا التأصيل يقتضي القول بالأثر الرجعي للتسجيل ، فإذا  
سجل المشتري البيع انتقلت إليه ملكية المبيع بالتسجيل ، ولكن من وقت تمام  
العقد ، فيصبح مالكا للنمر والنماء ويكون عليه التكاليف من هذا الوقت أيضاً .

---

(١) ولا يستقيم كذلك القول بأن ملكية النماء لا تتبع بالضرورة ملكية العقار الذي يعلوها ، كما  
هو الأمر في عقد الإيجار فإن المتأجر يملك النمر دون العين ذاتها ( الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي  
فقرة ٩٩ ص ١٥٩ ) . ذلك أن النمر في عقد الإيجار يملك بصفة أصلية والعقد واقع عليها  
بالذات فملكها ، بخلاف نمر المبيع فملكته تنتقل تبعاً لانتقال ملكية المبيع إلى المشتري  
ولا يقع البيع عليه بالذات .

(٢) ويبدو أن محكمة النقض تربط كسب نمر المبيع بانتقال الملكية إلى المشتري ، لا بأن  
النمر من ملحقات المبيع . فقد قضت بأن عقد البيع لم يزل بعد قانون التسجيل من عقود  
التراض ، ولذلك يبقى البائع ملزماً بموجب العقد بتسليم المبيع ونقل الملكية للمشتري ، كما يقع  
المشتري ملزماً بأداء النمر إلى غير ذلك من الالتزامات التي ترتبت بينهما على التفاضل بمجرد  
حصول البيع . كما أنه ليس البائع ، لعدم تسجيل العقد وتراخي نقل الملكية بسببه ، أن يدعى  
لنفسه ملك المبيع على المشتري لأن من ضمن نقل الملك لغيره لا يجوز له أن يقدمه لنفسه . ومقتضى  
ذلك أن يكون البائع ملزماً للمشتري بتسليم المبيع وبذلك إن لم يتم بتسليمها فالمالك الذي لا يملك  
المشتري الحق في دفع الشيء المبيع من اليد السابقة على تاريخ تسجيل عقد البيع يكون حاكماً عليها  
معيناً لنفسه ( نقض مدني ٤ يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة أحكام رقم ٣٧٤ ص ١١٥٠ ) .

(٢) إذا تصرف المشتري في المبيع قبل أن يسجل عقد شرائه، فمن ينكر الأثر الرجعي للتسجيل يعتبره قد تصرف فيما لا يملك، حتى لو سجن عقد شرائه بعد التصرف. ومن يقر الأثر الرجعي يعتبره قد تصرف فيما يملك، مادام قد سجل عقد شرائه بعد التصرف. والرأى الثاني يصل في نتيجته العملية إلى ما يصل إليه الرأى الأول، وهو أكثر استنساغة من الناحية القانونية. وبين ذلك في الفرض الآتي: اشترى عقاراً في أول يناير ولم يسجل عقد شرائه. وفي ١٥ يناير باع العقار إلى ب وسجل ب عقد شرائه في اليوم نفسه (١). وفي ٣٠ يناير سجل أ عقد شرائه. فعلى هذا الفرض أن نوازن بين الرأى الذي ينكر الأثر الرجعي والرأى الذي يقر هذا الأثر. فعلى الرأى الأول يكون أ باع في ١٥ يناير إلى ب عقاراً غير مملوك له، إذ كان يومذاك لم يسجل عقد شرائه. ولما سجله في ٣٠ يناير، أصبح مالكا من هذا التاريخ فقط لاتعدام الأثر الرجعي. ولكن، بعد أن أصبح مالكا للعقار الذي باعه قبل أن يملكه، يكون قد صحح البيع الذي صدر منه، فأصبح ب مالكا للعقار، ولكن من يوم ٣٠ يناير أي من اليوم الذي أصبح فيه البائع مالكا فانتقلت منه الملكية إلى ب. وعلى الرأى الثاني الذي يقر الأثر الرجعي، يكون أ بتسجيله عقد شرائه في ٣٠ يناير قد أصبح مالكا للعقار بأثر رجعي يستند إلى أول يناير يوم تمام البيع، ويكون في ١٥ يناير عندما باع العقار إلى ب قد باع ما يملك فانتقلت الملكية إلى ب في نفس اليوم بتسجيل ب لعقد شرائه. فعلى الرايين إذن يصح عقد البيع الصادر من أ إلى ب، وتنتقل به الملكية من الأول إلى الثاني. ولكن الملكية تنتقل إلى ب في ٣٠ يناير بحسب الرأى الذي ينكر الأثر الرجعي، وتنتقل

---

(١) كان ب يتمكن من تسجيل عقد شرائه قبل أن يسجل أ عقده، ثم صدر قرار وزاري في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ يقضي بعدم جواز تسجيل العقد إلا به تسجيل العقود الأصلية السابقة التي تكون مزرعة منذ أول يناير سنة ١٩٢٤ والتي تكون واجبة التسجيل وفقاً لأحكام قانون التسجيل. وجاء قانون تنظيم الشهر العقاري مؤكداً لهذا الحكم، فنصت المادة ٢٣ منه على أنه « لا يقبل من المهررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني وفقاً لأحكام المادة السابقة إلا: (١) المهررات التي سبق شهرها. (٢) المهررات التي تنفسن تصرفاً حافاً إلى ما به الموت ثم قبل العمل بأحكام هذا القانون. (٣) المهررات التي ثبت تاريخها قبل سنة ١٩٢٤ من غير طريق وجود توقيع أو ختم لإنسان توفي. (٤) المهررات التي تحمل تاريخاً سابقاً على سنة ١٩٢٤ إذا كان قد أخذ بها قبل العمل بأحكام هذا القانون في مهررت تم شهرها أو نقل لتكليف قضائياً من صلاحيات لصلته ».

في ١٥ يناير أى في اليوم نفسه الذى صدر فيه البيع إلى ب بحسب الرأى الذى يقر الأثر الرجعى (١) .

(٣) إذا أحدث البائع بناء في الأرض المباعة قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه ، ثم سجل المشتري العقد ، فإذا أنكرنا الأثر الرجعى ولم تنتقل الملكية إلى المشتري إلا من وقت التسجيل ، كان البائع بانياً في أرض يملكها وقت أن بنى . وإذا قلنا بالأثر الرجعى وانتقلت الملكية بالتسجيل من وقت البيع ، كان البائع بانياً في أرض لا يملكها فيعامل معاملة الباني بسوء نية في أرض غيره . وهذا الحل الثانى هو الذى اختاره القضاء لأنه هو الحل العادل ، ولكن القضاء مع ذلك لم يؤسس على فكرة الأثر الرجعى للتسجيل وكان تأسيسه على هذه الفكرة أكثر استساعة من الناحية القانونية . فقد قالت محكمة استئناف مصر : « إنه إذا أحدث البائع بناء جديداً أو زيادة في المبيع قبل التسليم فيعتبر كأنه أقامه في غير ملكه ، حتى ولو كان ذلك قبل تسجيل العقد ، لأن بالتسجيل تنقل الملكية من يوم حصوله ، غير أن باقى الالتزامات الأخرى الناشئة من البيع تكون واجبة الأداء من تاريخ التمهيد بالبيع ، لأنها في الحقيقة التزامات شخصية تأخذ حكمها القانونى من وقت التمهيد . ومن حيث أنه من ضمن هذه الالتزامات امتناع البائع بمجرد التمهيد عن كل ما يزيد أو ينقص في المبيع - وهو التزام يقتضيه الالتزام بتسليم المبيع كما هو وقت التمهيد المذكور . ومن حيث أن هذه الزيادة لا يمكن تسليمها للمشتري دون مقابل ، لأن في ذلك إضرار من غير مقابل يجرمه القانون المدني ، وعمل المشتري الذى يقبل المبيع بهذه الزيادة أن يتبع القواعد التى رسمها القانون فيما يختص بالفراش أو البناء في أرض الغير » (٢) . وقد أيدت محكمة النقض هذا الحكم ، فقضت بأن البائع ملزم بتسليم العقار المبيع بحالته التى هو عليها وقت تحرير العقد . فإذا هو أقدم قبل

---

(١) والأصل بالأثر الرجعى هنا أكثر استساعة ، إذ هو يعود بالنفع على ب ومن يتعامل معه دون أن يضر أحداً . فإذا فرض أن ب رهن العقار في المدة ما بين ١٥ يناير و ٣٠ يناير ، كان رهنه صحيحاً لأنه صادر من المالك بحسب الرأى الذى يقر الأثر الرجعى ، وكان باطلاً وفقاً لتفتين المدعى السابق لأنه صادر من غير مالك بحسب الرأى الذى ينكر الأثر الرجعى .

(٢) استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٢ أرقام ١٢ رقم ٣٨ ص ٩٦ .

حل للملكية للمشتري بتسجيل العقد أو الحكم الصادر بصحة التعاقد ، فأحدث زيادة في هذا العقار (بناء) بينا المشتري يطالبه ويقاضيه لتنفيذ تعهده ، فلا مخالفة لقانون التسجيل في أن تعتبره المحكمة — بعد أن صدر الحكم بصحة التعاقد وسجل — كأنه أحدث تلك الزيادة في أرض مملوكة لغيره ، يفصل في أمرها قياساً على حالة من أحدث مبرساً أو بناء في ملك غيره (١) . ولا شك في أن القول بالأثر الرجعي هنا أفضل ، من ناحية الصناعة القانونية ، من إنكار هذا الأثر . فأننا إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، كما فعل القضاء ، كان من الواجب التسليم بأن البائع قد بقى في ملكه وقت أن بقى . ولا يمكن الوصول ، من طريق أن البائع ملزم بالأحدث تغييراً في العين المبيعة وهو الطريق الذي اختارته محكمة النقض ، إلا إلى شيء قريب مما وصلت إليه المحكمة ، ولكن ليس هو بالذات . وكل ما نصل إليه هو أن البائع قد أدخل بالتزامه في الأرض المبيعة ، فيطلب إليه تنفيذ التزامه حيناً ، فيهدم البناء ويأخذه أنقاضاً ، وقد يؤثر ذلك على أن يأخذ ثمن البناء مستحق المدمر ، فلا يستطيع المشتري إجباره على إبقاء البناء (٢) . فواضح إذن أننا لو أخذنا بفكرة الأثر الرجعي للتسجيل ، لوصلنا من طريق مأمون إلى النتيجة التي نلناها بحكمة النقض وهي اعتبار البائع بانياً بمسوة نية في أرض غيره ، وإجباره إذا شاء المشتري على إبقاء البناء

- (١) نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٨ ص ٦٠١ .
- (٢) ويظهر الاستناد لحلي بحيث يهوى خطوة أقرب إلى النتيجة التي وصلت إليها محكمة النقض ، ولكنه مع ذلك يعلم أن هناك فرقاً بين ما وصلت إليه محكمة النقض وبين ما يؤدي إليه التطبيق السليم للقواعد العامة ، فيقول : « إن البائع ملزم بمقتضى عقد البيع بالأحدث تغييرات في العين . فإذا أحدث هذه التغييرات ، بأن أقام بناء في العقار المبيع ، فلهذا المشتري الحق في أن يطلب منه إزالة العمل بمصاريفه ، لا تطبيقاً لمادة ٦٥ مدني (قديم) ، وإنما تطبيقاً لأحكام عقد البيع . وليست هذه الإزالة في مصلحة البائع لأنه سوف يتسلم البناء أنقاضاً ، وقد يكون من مصلحة المشتري استبقاء البناء على أن يتفق مع البائع على مقدار التعويض الواجب دفعه ، وهو في أي صورة لا يقل عن قيمة البناء مستحق المدمر . فإذا امتنع البائع وطم ذلك وأصر على هدم البناء ، وقد يعتبر هذا الإصرار من جانبه تمسكاً وتسلطاً في استعمال حقه في إزالة البناء . وفرق بين هذه النتيجة وبين الحكم بتثبيت ملكية المشتري على أساس الاتصال على أن يقدم التعويض الواجب دفعه بعد ذلك » ( مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٧٥١ ) .

في الأرض مقابل قيمته مستحق المدم (١) .

والواقع من الأمر أننا نواجه في الأمثلة التي قلناها الموقف الآتي : المشتري لم يسجل عقد شرائه ، ولكنه قد حصل فعلاً على المزايا التي كان يحصل عليها لو أن الملكية قد انتقلت إليه من وقت البيع . فهو يكسب ثمرة المبيع من هذا الوقت ، ويستطيع أن يتصرف في المبيع قبل أن يسجل ، ولا يستطيع البائع أن يبني في الأرض المبيعة وإلا اعتبر بانياً في أرض غيره . ونريد أن نعال هذه المزايا . فبدلاً من تعليلها التعليل القريب المستساغ وذلك بالقول بأنه متى سجل المشتري العقد اعتبرت الملكية منتقلة إليه من وقت تمام العقد فساغ أن يحصل على المزايا المتقدمة الذكر (٢) ، نلجأ إلى تعليلات مختلفة لكل حالة تعليلها الخاص ، وجانب الإغراب في جميعها ظاهر .

على أن الأمر لا يقتصر على ذلك ، بل إن هناك أمثلة أخرى يكون فيها القول بالأثر الرجعي ، ليس فحسب القول الأكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية ، بل هو وحده القول الحق ، وننتقل إلى بيان ذلك .

**٢٨٤ - القول بالأثر الرجعي هو وعده القول الحق :** ونسوق في هذا الصدد الأمثلة الآتية :

(١) نفرض أن شخصاً باع عقاراً مملوكاً له ، ولم يسجل المشتري عقد

---

(١) وإذا فرضنا أن المشتري هو الذي أقام البناء على الأرض المبيعة بعد أن تسلمها وقبل أن يسجل ، وسبقه إلى التسجيل مشتري ثان انتقلت إليه ملكية الأرض بالتسجيل ، فالواجب في هذه الحالة معاملة المشتري الأول بمعاملة الباقي في أرض غيره وهو حسن النية ، لأنه وقت أن بنى كان يعتقد أنه لا يمتد على حق لآخر وإن كان يعلم أن الأرض لم تصبح بعد مملوكة له فهو في الواقع من الأمر - وإن كان قبل التسجيل لم يصبح مالكا - يحق له أن يتصرف في المبيع ، بالنسبة إلى البائع ، كما لو كان مالكا .

(٢) ولعل هذا يبين على توضيح القاعدة التي تقضي بتسجيل تمة الملاك المشتري بعد القبض ولو قبل التسجيل ، فإن المشتري لا يكون مالكا لمبيع في هذه الحالة لأنه لم يسجل مده ، ومع ذلك يحصل تمة حلاكه لأنه يكون بالنسبة إلى البائع في حكم المالك .



شرائه حتى شهر إفلاس البائع ، ثم سجل (١) . فإذا قلنا بالأثر الرجعي ، اعتبر المشتري مالكا من وقت البيع ، و جاز له أخذ العقار المبيع من التعلية دون أن يزاحمه الدائنون . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، فإن التسجيل لا ينقل الملكية إلا من وقت إجرائه أي بعد شهر الإفلاس ، فلا تنتقل ، ويبقى المشتري دائما شخصياً بزاحمه سائر دائني البائع المفلس في نمن العقار المبيع . ولا ترددي لإثار الحل الأول ، اذا ثبت أن البيع الذي صدر قبل الإفلاس هو بيع صحيح لاشائبة فيه من تواطؤ أو غش .

ومثل الافلاس الإعصار ، فإذا صدر البيع قبل تسجيل صحيفة دعوى الاعصار (٢) ، وسجل بعد تسجيلها ، كان للتسجيل أثر رجعي واعتبر المشتري مالكا قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعصار ، فله أن يأخذ العقار المبيع ولا يزاحمه فيه الدائنون .

وكان الأمر كذلك ، قبل تقنين المرافعات الجديد ، في مشتري العقار من المدين قبل تسجيل الدائن لتتبعه زرع الملكية . فإذا اشترى شخص العقار من مدين قبل أن يسجل الدائن تتبعه زرع الملكية على هذا العقار ، ثم سجل المشتري عقد شرائه . اعتبر مالكا من وقت البيع أي قبل تتبعه زرع الملكية ، فيخلص العقار للمشتري ولا يجوز للدائن السير في إجراءات التنفيذ (٣) . ولكن تقنين المرافعات الجديد أتى بنص خاص في هذه المسألة جعل الدائن العادي معتبرا من الغير منذ

---

(١) ليس في التقنين التجاري ما يمنع المشتري من التسجيل بعد شهر إفلاس البائع ، والمنع هو قيد حقوق الامتياز والقرن (م ٢٣١ تجاري) . ومع ذلك فارد نقض مدني ٢٠ سنة ١٩٣٥ بمجموعة محر ١ رقم ٢٩٢ ص ٨٩١ .

(٢) أنظر م ٢٥٧ مدني .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن تسجيل التعلية بزعم الملكية لا يثبت للدائن العادي نازح الملكية حقا مهيأ حل المقاييمز له المتمكك بعدم تسجيل التصرفات الصادرة من المدين قبل تسجيل التعلية ، وكل ما في الأمر أن يصبح في هذه من الغير الذين لا يهتج عليهم بالقرود القرية إلا إذا كان تاريخها ثابتا قبل تاريخ تسجيل التعلية : أنظر نقض مدني ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ بمجموعة محر ١ رقم ٩٣ ص ١٦٥ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ بمجموعة محر ١ رقم ٣٠٩ ص ٣٨٨ - الأستاذ عبد الحبيب أبراهيم في التنفيذ لفرة ٧٠٢ - أنظر مكس ذلك الأستاذ محمد حامد فهمي في التنفيذ لفرة ٣٤٦ - وقارن الأستاذ عبد النبي الجداوي لفرة ٢٠٩ ص ٣٢٤ - ص ٣٢٥ .

تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فلا يسرى عليه البيع الصادر من المدين إذا كان هذا البيع قد سجل بعد تسجيل التنبيه (١) .

(٢) نفرض أن شخصاً باع عقاراً مملوكاً له ، ولم يسجل المشتري عقد شرائه حتى مات البائع ، ثم سجل ، وكانت تركة البائع معصرة . فإذا قلنا بالأثر الرجعي للتسجيل ، اعتبر المشتري مالِكاً من وقت البيع ، ونخلص له العقار المبيع دون أن يزاحمه فيه دائنو التركة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، فالتسجيل لا ينقل الملكية إلا من وقت إجرائه ، ولما كانت التركة معصرة امتنع انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري وزاحمه في ثمنه دائنو التركة (٢) .

(٣) نفرض أن بيع العقار وقع في أول يناير ، ورهن المشتري العقار رهناً رسمياً في ١٥ يناير قبل أن يسجل عقد شرائه وقيد الدائن المرتهن الرهن في اليوم ذاته ، ثم سجل المشتري البيع في ٣٠ يناير . فإذا أخذنا بالأثر الرجعي للتسجيل ، وجب القول بأن المشتري عندما سجل في ٣٠ يناير قد أصبح مالِكاً للعقار منذ أول يناير وقت تمام البيع . فيكون وقت أن رهن العقار في ١٥ يناير قد رهن عقاراً مملوكاً له ، ويكون الرهن صحيحاً ويأخذ مرتبته من يوم قيده أى من يوم ١٥ يناير . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي للتسجيل ، فقد وجب القول بأن المشتري لم يصبح مالِكاً للعقار إلا يوم ٣٠ يناير وقت إجراء التسجيل ، فيكون وقت أن

---

(١) وهذا النص هو المادة ٦١٦ من المصاحف ، ونجزمى الفقرة الأولى منها على الوجه الآتي :  
« لا ينفذ تصرف المدين أو الخائن في العقار ، ولا ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز ، في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين حاديين ، ولا في حق الدائنين المغار إليهم في المادة ٦٣٧ ولا الرامس عليه المزاد ، إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل فمه . بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية » . أنظر الأستاذ رمزي سيف في التنقيذ طبعة ثالثة فقرة ٣٨٣ ص ٢٢٢ .

(٢) وفي الفرض الذي يموت فيه البائع من تركة معصرة قبل أن يسجل المشتري ، ثم يسجل ، نؤثر القول بأن الملكية تنتقل إلى المشتري في مواجهة الورثة - وليس من الغير - من وقت تمام البيع لأن وقت التسجيل . وهذا القول أكثر استيفاء من القول بأن الالتزام بنقل الملكية ينشأ في التركة أو ينتقل إلى الورثة . فبقاء الالتزام بنقل الملكية في التركة تفضله فكرة الأثر الرجعي ، وانتقال الالتزام إلى الورثة لا يتفق مع مبادئ الفقه الإسلامي التي تقضى بأن الورثة لا تنتقل إليهم الدين .

وهن المقار في ١٥ يناير غير مالك له . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٣ مدني على أنه « إذا كان الراهن غير مالك للمقار المرهون ، فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على المقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا المقار مملوكاً للراهن » . ويترتب على ذلك أن الرهن في المثل الذي قدمناه لا يترتب على المقار إلا يوم ٣٠ يناير وهو اليوم الذي أصبح فيه المقار مملوكاً للمشتري الراهن ، ويأخذ مرتبته يوم ٣٠ يناير لا يوم ١٥ يناير كما هو الأمر لو أخذنا بالأثر الرجعي للتسجيل . ويترتب على هذا الفرق النتيجة العملية الآتية : لو أن المشتري قبل أن يسجل عقده وهن المقار مرة ثانية وقيد الدائن المرتين عقده في ٢٠ يناير ، فإن اعتبرنا أن الرهن الأول يأخذ مرتبته في ١٥ يناير وفقاً لقول بالأثر الرجعي ، لأخذ الرهن الثاني مرتبته في ٢٠ يناير وتأخر عن الرهن الأول . أما لو أنكرنا الأثر الرجعي ، فإن الرهن الثاني يأخذ مرتبته في ٣٠ يناير كالرهن الأول ، ويتبادل الرهتان فلا يفضل أحدهما على الآخر . ونحن نؤثر الأخذ بالأثر الرجعي لأنه أكثر انطباقاً على طبائع العلاقات القانونية التي نحن بصدد حلها .

(٤) نفرض مشترياً لمقار لم يسجل عقده ، وبيع مقار مجاور لمقاره توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده . فلو أخذنا بالأثر الرجعي ، لاعتبر المشتري مالكا للمقار المشفوع به قبل بيع المقار المشفوع فيه ، ولأمكنه الأخذ بالشفعة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي — وهذا ما فعلته محكمة النقض (٢) — فإن المشتري لا يعتبر مالكا للمقار المشفوع به إلا بعد بيع

---

(١) دارن محكمة النقض في ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة مر ٢ رقم ١٦٤ ص ٤٩٧ ، حيث لم تأخذ بهذا الرأي ، وأبطلت حق اختصاص قبه على مقار لشتر قبل أن يسجل المشتري مقار شراؤه ، ثم سجل المشتري المقاد بعد ذلك ونصرت في المقار ، فاعتدت المحكمة بهذا التصرف الأخير ولم تمتع بحق الاختصاص ، مع أن المشتري من المشتري كان يستطيع أن يكون حل حل بحق الاختصاص للمقد لولا خطأ قلم الكتاب — أنظر أيضاً في المنع الذي نصت به محكمة النقض بحكمة الاستئناف الخطة في ٥ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥١ .

(٢) في حكمها الصادر في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة مر ٥ رقم ١١٢ ص ٢٥٥ — وانظر أيضاً : نفس مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة مر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥ — ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة مر ٥ رقم ٨٥ ص ١٤٥ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١ ص ٣٢ — ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ .

العقار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة .

وتؤثر الأخذ بالأثر الرجعي ، وإعطاء المشتري الحق في الأخذ بالشفعة . ولو قلنا بالرأى الذى ذهب إليه محكمة النقض ، لترتب على ذلك أن الشفيع يكون في هذه الحالة هو المالك السابق الذى باع للمشتري العقار المشفوع به ، فقد كان مالكا لهذا العقار وقت بيع العقار المشفوع فيه (١) . ولا شك في أنه بين المالكين المتعاقبين — البائع للعقار المشفوع به والمشتري إياه — المشتري هو الباقي مجاوراً للعقار وهو الأولي بالأخذ بالشفعة ، إلا إذا قبل إن الشفعة في هذه الحالة لا تكون لأحد منهما فيتعطل بذلك حق قرره القانون وتبيأت الأسباب لكسبه .

(٥) نفرض أن شخصاً باع داراً ، وقبل أن يسجل المشتري عقد شرائه أجر البائع الدار لشخص آخر ، ثم سجل المشتري . فاذا أخذنا بالأثر الرجعي للتسجيل لكانت ملكية الدار منتقلة إلى المشتري قبل صدور عقد الإيجار ، فلا يسرى الإيجار في حق المشتري تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ٦٠٤ مدني التي تجرى على الوجه الآتي : « إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختياراً أو جبراً إلى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذاً في حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية » . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، فإن ملكية الدار لا تنتقل إلى المشتري إلا وقت إجراء التسجيل أى في وقت تال لصدور الإيجار ، فيسرى الإيجار في حق المشتري .

وتؤثر الأخذ بالأثر الرجعي هنا ، فلا يكون الإيجار في المثل المتقدم سارياً في حق المشتري ، وهذا هو الرأى الذى أخذنا به في عهد التقنين المدني السابق (٢) .

---

(١) وقد قيل بهذا فعلا (أنظر الأستاذ عمر أبو شادي في شهر الحقوق العقارية ص ١٤٦) .  
(٢) عقد الإيجار المؤقت فقرة ٤٨٠ — وكانت المادة ٢٨٩/٤٧٤ من التقنين المدني تجعل البيع السابق — لا نقل الملكية — هو الذى يفسخ عقد الإيجار . وقد كتبنا إذا ذاك ما يأتي : « ولا نرى أن قانون التسجيل الحديث . . أثر في الأحكام المتقدمة ، فلا يزال البيع غير المسجل يفسخ الإيجار إذا لم يكن عقد الإيجار سابقاً عليه في التاريخ ، فإن البيع غير المسجل يفسخ مسجوع ينتج كل آثاره هذا نقل الملكية . وعلى ذلك يبرز للمشتري قبل أن يسجل عقده أن يطلب من المستأجر إخلاء العين بعد تنبيهه عليه بذلك في الميعاد القانوني . وعلى كل حال فإن للمشتري —

## ٢٨٥ - القول بالآثر الرجعى هو الزى بنفى مع القواعد العامة :

والآن بعد أن استعرضنا أمثلة يستأخ فيها من ناحية الصناعة القانونية إقرار الآثر الرجعى أكثر مما يستأخ إنكاره ، وأمثلة أخرى يبدو فيها أن القول بالآثر الرجعى هو وحده القول الحق ، يبقى أن نبين لماذا يستعصى إنكار الآثر الرجعى على كثير من المسائل ، ولماذا يفضل إقرار الآثر الرجعى في مسائل أخرى .

قد يكون المشرع لم يفكر في الآثر الرجعى للتسجيل بناتاً ، بل قد يبدو أنه قصد المساواة بين الغير والمتعاقدين في انعدام الآثر الرجعى ، ويتبين ذلك من المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى . ولكن المبادئ العامة للقانون تأبى إلا أن يكون للتسجيل في نظام الشهر الشخصى أثر رجعى فيها بين المتعاقدين .

ذلك أن التسجيل له مهمة لا يجوز أن يخطأها ، فهذا تفضى عليه طبيعته ، ومهمته في نظام الشهر الشخصى تختلف عن مهمته في نظام الشهر العرقى . مهمته في نظام الشهر الشخصى هى إعلام الناس بوقوع التصرف وليست نقل الحق ، فالعقد في هذا النظام هو الذى ينقل الحق . أما مهمته في نظام الشهر العرقى فهى نقل الحق ، إذ التسجيل في نظام السجل العقارى وليس العقد هو الذى ينقل الحق (١)

= إذا قام بتسجيل عقده ، انتقلت إليه ملكية العين بأثر رجعى من تاريخ العقد لا من تاريخ التسجيل بالنسبة للبائع ودائمه الشخصين ونسبهم المتأجر ، فيعبر المشتري مالكا من وقت البيع أى من وقت لم يثبت أن تاريخ الإيجار سابق عليه ، فينفسخ الإيجار حتى مع انتظامه بأن نقل ملكية العين المؤجرة لا البيع ذاته هو الذى يفسخ عقد الإيجار ( عقد الإيجار المؤقت فقرة ٨٠ ) . والآن بعد أن جعل التفتين المدة نقل ملكية العين المؤجرة هو الذى يفسخ الإيجار اللاحق ، فلا يزال ما قلناه في هذا الصدد صحيحا .

ويمكن القول أيضاً ، في عهد قانون الإصلاح الزراعى ، إنه لو باع شخص لآخر أرضا زراعية بمقد ثابت التاريخ ، قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى ، ثم سجل العقد بعد نفاذ هذا القانون ، فإن ملكية الأرض تنتقل فيما بين البائع والمشتري من تاريخ العقد لا من تاريخ التسجيل ، أى قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى لا بعد نفاذه . وقد يترتب على ذلك بعض النتائج الهامة ، يضيّق المقام هنا عن بعضها .

( ١ ) والتسجيل في نظام السجل العقارى يتم بموجب عقد مجرد (acte abstrait) ، غير مقدّم عليه . فعقد البيع ينشئ التزاماً بنقل الملكية ، والعقد المبرور أى التسجيل هو الذى ينقلها تنفيذاً لهذا الالتزام .

فيجب إذن ، في نظام الشهر الشخصي ، أن يؤدي كل من العقد والتسجيل مهمته في حدودها المرسومة . فينقل العقد الملكية ، إذ هو السبب في نقلها . ولا يتراخى السبب عن السبب إلا مانع . ولا يوجد فيما بين المتعاقدين مانع من إعمال السبب في الحال ، والتسجيل ليس بمانع ، فمهمته كما قدمنا لإعلام الناس بوقوع التصرف والمتعاقدان يعلمان بوقوع التصرف قبل التسجيل فيها اللذان بإشراه . أما بالنسبة إلى الغير ، فهناك مانع من إعمال السبب في الحال ، فوجب أن يتراخى المسبب حتى يقوم التسجيل بمهمته وهي إعلام هذا الغير بوقوع التصرف . ومن ثم لا يجوز ، كأصل عام ، في نظام شهر شخصي أن يتراخى انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل ، وإلا انتقلنا إلى نظام الشهر المعنى في ناحية منه دون أن نحتاج للنواحي الأخرى .

ولكن المشرع ، في قانون التسجيل وفي قانون تنظيم الشهر العقاري ، نص صراحة على أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين . يقال عادة إن هذه خطوة أراد بها المشرع أن يحث المتعاقدين على المبادرة إلى تسجيل عقودهم ، فأرجأ نقل الملكية فيما بين المتعاقدين حتى يتم التسجيل . ولكن حتى يصل المشرع إلى تحقيق هذه الغاية ، يتحتم عليه أن يجعل التسجيل ذاته لا العقد هو الذي ينقل الملكية . أما إذا جعل البيع هو الذي ينقل الملكية ، وأرجأ مع ذلك نقل الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل ، فمضى ذلك أن التسجيل هو الذي ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين لا البيع (١) ، ومعنى ذلك أيضاً أن المشرع يخلط بين نظامين متعارضين نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر المعنى (٢) .

---

(١) أو إذا نقل البيع الملكية فلا بد أن يكون مسجلاً ، ومن ثم يصحح البيع مقدماً شكلياً لا يتم إلا بالتسجيل ، وهذه نظرية قد هجرت منذ عهد بعيد كما سبق القول .  
(٢) والواقع أننا نشك كثيراً في فائدة استحداث قانون التسجيل وقانون الشهر لقاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين بالتسجيل مع البقاء في نظام الشهر الشخصي . فادعنا في هذا النظام مضطرين إلى التسليم بأن البيع لا التسجيل هو سبب كسب الملكية ، فإن هذه القاعدة المستحدثة لا تترتب عليها أهمية كبيرة . وأكبر خطر يتعرض له المشتري المتعاقداً عن التسجيل لا يزال هو خطر تصرف البائع إلى مشتر آخر وسبق هذا إلى تسجيل عقده ، وهذا الخطر كما نرى لا يرجع إلى قاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، بل إلى قاعدة انتقالها بالتسجيل في حق الغير . =

أما ونحن لا نزال في نظام الشهر الشخصي ، ولا نزال نعتبر البيع عقدًا رضائيًا هو السبب القانوني في نقل الملكية (١) ، فلا بد من إعمال البيع وإنتاج أثره في الحال حيث لا يحول دون ذلك مانع . وأثره هو نقل الملكية ، فينبغي أن ينقلها في الحال . ولكن لما كان نقلها بالنسبة إلى الغير يقتضي إعلام الغير بالبيع وهذه هي مهمة التسجيل ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية لا يتخذ

---

سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين ، فلا تظهر أهمية العملية حقًا إلا في نظام الشهر

ويؤيد ما نقول أن الناس لم يبادر إلى تسجيل عقودهم بعد صدور قانون التسجيل بأكثر مما كانوا يفعلون قبل صدوره . ويقول الأستاذ أنور سلطان (ص ١٩١) : « وعلاجه هذه الحالة أصدر المشرع عدة تشريعات لجأ فيها إلى طرق مختلفة لحمل الناس على تسجيل عقودهم » . ويقول الدكتور محمود شوقي في كتاب الشهر العقاري علمًا وعملاً (ص ٢٩ - ص ٤٠) : « ولقد حاول الشارع منذ سنة ١٩٤٢ أن يبالغ كل نقض بعد قانون سنة ١٩٢٣ ، وذلك بقوانين وقرارات مختلفة أهمها : (١) المرسوم بقانون الصادر في أول نوفمبر سنة ١٩٢٥ بتخفيض الرسم النسبي المخصص على تسجيل بعض العقود ، وذلك بمعدل ٣ ونسب في المائة بدلًا من ٥/١٠ . وقد قصد المشرع بذلك إلى تشجيع جهود المتعاملين على إجراء الشهر نظرًا لما لاحظته من قلة الإقبال عليه رغم شدة الجزاء المترتب على ذلك الإهمال . (٢) القرار الصادر في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ والذي يقضي بتسجيل العقود المتتالية ... (٣) القرار الصادر في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ المنفذ بالقرار الصادر في ١٣ يولييه سنة ١٩٢٨ والمتمم بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٨ وكلها تتضمن : (أولاً) وجوب تحصيل رسم التسجيل عند التوثيق أو التصديق على التوقيع . (ثانيًا) منح الحاكم من إثبات تاريخ المهررات التي أوجب القانون شهرها .. (ثالثًا) تنظيم الرقابة المفروضة على البيانات التي يجب أن تشتمل عليها العقود واجبة الشهر . (٤) القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٢ الذي حرم ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٣ قبول تسجيل العقود التي تستند إلى ثبوت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ على وجود إضفاء أو غم لإشانة توقي ، نظرًا لما لوحظ من شيوع التزوير . (٥) القرار الصادر في ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤ الذي يقضي بعدم قبول العقود المهرية التي لم يثبت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ كأصل للملكية في المهررات الرضائية المقدمة للشهر إلا إذا كانت هذه العقود قد سبق أن تقدمت في مهررات تم شهرها » .

(١) وتقول محكمة النقض إن « الملكية لا تنتقل بالتسجيل وحده » وإنما تنتقل بأمرين : أحدهما أصل أساسي وهو العقد الصحيح الناقل للملكية ، وثانيهما تبني وهو التسجيل . وإذا فاقم العقد الصوري المبني على الفس والتدليس لا يصحها التسجيل » (نقض مدني ٣ برقمه سنة ١٩٤٣ مجموعة محر رقم ٦٨ ص ١٨٣) .

— وهذا أدق من القول بأن الملكية لا تنتقل — في حق الغير إلا من وقت إجراء التسجيل . ولما كان نقلها فيما بين المتعاقدين لا يكون إلا بالتسجيل إذ جاء النص صريحاً في ذلك ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين يجب لتحقيقه إجراء التسجيل مطاوعة للنص . ووجب القول في الوقت ذاته بأن الملكية بعد تسجيل البيع تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت تمام البيع لا من وقت التسجيل ، مطاوعة للمبادئ العامة ، ولطبيعة البيع الذي لا يزال هو السبب في نقل الملكية ، ولهمة التسجيل في نظام الشهر الشخصي التي لا تزيد على إعلام الغير بوقوع التصرف ولا شأن لها في العلاقة ما بين المتعاقدين (١) . مثل ذلك مثل البيع مع خيار التعيين ، ففي هذا البيع التزم البائع أن ينقل ملكية أحد شيئين يختاره المشتري ، فوجب

(١) ويقرب الأستاذ جميل الشرفاوي كثيراً من هذا الرأي عند ما يذهب إلى أن التسجيل في البيع يحصل بالسند لا بالتصرف ذاته ، وأثره منحصر في منح السند قوة إثبات الحق قبل الغير : وتختلفه يؤدي إلى سلب السند هذه القوة ، أما التصرف نفسه فلا يتأثر بعدم التسجيل من حيث إنتاجه لجميع آثاره فيما بين المتعاقدين ومنها نقل الملكية . ويقول في هذا الصدد : « وما دنا نعلم بأن الاتفاق على البيع وصحة التصرفات المكونة له قبل إتمام التسجيل ، فمن هذا أن ترتب آثار التصرف التي يتم بها البيع ، بمعنى أنه ينشأ على عاتق المشتري التزام بالبائع وعلى البائع التزام بالتسليم والتزام بالضمان ، شأن فعله وفعل الغير . ولذا فإن تنفيذ هذه الالتزامات من جانب المشتري بالوفاء بالبائع ومن جانب البائع بالتسليم وفاء صحيح لالتزامات قائمة ، ولا يستطيع البائع أن يطالب برد حيازة المبيع بحجة أن الملكية لم تنتقل لأن تسجيل العقد لم يتم . ومن هذا يبدو أنه لا مناص من التسليم بأن الملكية تنتقل بين البائع والمشتري بمجرد التراضي ، ذلك أن نص القانون على صورته الحالية لا يمكن أن يمنع انتقال كل ميزات حق الملكية للمشتري في مواجهة البائع ... وأحكام محكمة النقض المصرية تفترض في قضائها انتقال الملكية رغم عدم التسجيل ، ولعلها تغير من ذلك في قولها .. إن المشتري متصرف إليه أي مشتر وليس دائماً هادياً ، أي له أن يقتضي من البائع كل التزاماته . ويظهر هذا الاتجاه بصورة أكثر جدية — لأنه يتعلق بترتيب نتائج على هذا الافتراض — في قضائها السابق على هذا الحكم بأن البائع إذا بنى في عقار باعه بعقد غير سجل فهو يأن في ملك غيره ... ولذا فإنا نتساءل عن معنى عدم انتقال الملكية بين البائع والمشتري إلا بالتسجيل ، ما دام المشتري يحصل على كل ميزات حق الملكية في مواجهة البائع . ويبدو أن راضي هذا الحكم لم يفكروا كثيراً في معناه من هذه الناحية ، وإنما كان قصدهم بوضعه على هذه الصورة إظهار قصد المشرع إلى التشدد في طلب التسجيل ، لما لوحظ من إهمال المصريين القيام بإجراء التسجيل » (الأستاذ جميل الشرفاوي في رسالته في نظرية بطلان التصرف القانوني ص ١٥٦ هامش رقم ١ - وانظر أيضاً كتابه في البيع ص ١٦٤ وهاش رقم ١ من هذه الصفحة ) .



التبرع حتى يتم إجراء الاختيار، وهو إجراء يعادل إجراء التسجيل في بيع العقار،  
فاذا ما تم انتقلت الملكية إلى المشتري ولكن من وقت البيع لا من وقت إعمال  
الخيار (١).

وإذا كان المشرع قد قصد أن يثبت الناس على المبادرة إلى تسجيل عقودهم،

(١) ولا يمتنع على هذا التفسير بأن التسجيل إجراء قانوني وليس شرطاً واقعاً يرجع  
إلى الإرادة، بينما خيار المشتري شرط واقف، يرجع إلى الإرادة. فقد بينا في الجزء الثالث  
من الوسيط أنه لا يجوز أن يكيف الخيار في الالتزام التخييري بأنه شرط واقف، وقلنا في هذا  
الصد ما يأتي: « ولا يجوز أن يكيف الالتزام التخييري بأن كلا من محال التصددة واجب الأداء  
معلقاً على شرط اختيار، وقد كان بعض الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى ذلك. ذلك أن الالتزام  
المعلق على شرط واقف قد علق على أمر غير محقق لا بد من حصوله. وإذا لم يحصل من له حق الاختيار  
اختيار محل ما - فهو أمر محقق لا بد من حصوله. وإذا لم يحصل من له حق الاختيار  
بالذات، فإنه لا بد حاصل من أقامه القانون مقاه: النقاش في حالة ما إذا كان الخيار للمدين،  
والمدين في حالة ما إذا كان الخيار للدائن » (الوسيط جزء ٣، فقرة ٨٩). وقلنا في مكان آخر:  
« وأياً كان الشخص الذي يثبت له حق الخيار، فإنه متى أحل حقه واختار الحل الراجح الأداء  
على النحو الذي قدمناه، صار هذا الحل وحده هو محل الالتزام .. ويستند هذا التبرع بالر رجعي  
إلى الماضي .. وليس هذا الاستناد إلى الماضي يرجع إلى أن الحل المدين كان محلاً للالتزام معلقاً  
على شرط واقف هو أن يقع عليه الاختيار، فقد قدمنا أن الالتزام التخييري ليس بالالتزام  
شرطى. وإنما يرجع الاستناد إلى أن الحل قلبي عين كان منذ البداية محلاً للالتزام، إلا أن هذه  
الحلية كانت شاملة بينه وبين المحال الأول، فخصيصة تركزت الحلية فيه .. ويقترب على هذا الأمر  
الرجعي ... (٢) إذا كانت محال الالتزام التخييري نقل ملكية أشياء متعددة، ووقع الاختيار  
على شيء واحد من هذه الأشياء، وكان نقل الملكية يتم بمجرد نشوء الالتزام كافي لنقل المدين  
بالذات، فإن ملكية الشيء الذي وقع عليه الاختيار تعتبر قد انتقلت منذ نشوء الالتزام لا منذ  
إعمال حق الخيار، ويعتبر الدائن مالئاً للشيء منذ البداية » (الوسيط جزء ٣، فقرة ٩٧).

ولا يفتقر دور التسجيل به، والإقرار في نقل ملكية الشيء غير المدين إلا بالنوع، يقال  
كما أن الإقرار ينقل الملكية من وقت تمامه لا من وقت البيع فكذلك التسجيل (أنظر في هذا المعنى  
الأستاذ عبد المتعم البدواي فقرة ٢٠٧ ص ٣١٤ - ص ٣١٥). ذلك أن التسجيل إنما يكون  
في عقار معين بالذات، فلم تخصص طبيعته على أن يكون نقل الملكية فيه بين المصالحين من وقت  
النقد، وهذا ما تقر في خيار التبرع حيث كل من التبرعين معين بالذات. أما في الإقرار  
فالشيء غير معين بالنوع، طبيعته تخصص على أن تنتقل ملكيته إلا من وقت معين، إذ الملكية  
لا تنتقل إلا في شيء معين بالذات.

ونرى من ذلك أن للمشتري غير المسجل ليس مجرد دائن عادي، بل تسميه محكمة النقض المشتري  
أو المتصرف إليه. ويصف لنفسه الخطط حق هذا المشتري بأنه حق ملحق إلى العقار  
(*jus ad rem*)، تميزاً له عن بعض الحق الشخصي (*jus in personam*)، وتقريباً له  
من الحق المدين (*jus in rem*).

فنص على وجوب التسجيل لانتقال الملكية حتى فيما بين المتعاقدين . فإن الواجب إعمال النص ، ولكن يجب في الوقت ذاته التوفيق بينه وبين النظام القانوني في مجموعه . ولا يتم للمشرع قصده كاملاً إلا إذا انتقل إلى نظام الشهر العيني ، فأدخل المسجل العقارى . وعندئذ يكون التسجيل لا البيع هو الذى ينقل الملكية ، ولا تنتقل إلا من وقت إجراء التسجيل ، سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين .

كل هذه الاعتبارات قد واجهت الفقه والقضاء في مصر ، فأحسا وجوب العمل بالنص ، وهذا حق . ولكنها كانتا مدركين أن البيع ظل على طبيعته من عقود التراضي ، ولم يصبح عقداً شكلياً يتم بالتسجيل (١) . واقتضى هذا أن يترتب على البيع جميع آثاره ومنها نقل الملكية ، ما لم يحل دون ذلك طبيعة التسجيل ومهمته . فواجه الفقه والقضاء المسائل التى لا يقوم فيها هذا الحائل ، والتى يتعين فيها القول بأن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت البيع لا من وقت التسجيل ، ففى بعضها وصلاً إلى هذه النتيجة ، ولكنها التمس الوصول إليها طرقاً أخرى استمدتها من طبيعة البيع ذاتها ، وكان فى وسعها ما دام قد ساروا طبيعة البيع أن يلتزموا إلى النهاية ، وأن يقولوا بأن البيع هو الذى نقل الملكية فيما بين المتعاقدين فوجب أن ينقلها من وقت تمامه لا من وقت إجراء التسجيل . وفى مسائل أخرى اضطرب الأمر ، وغلب ظاهر النص على طبيعة الروابط القانونية ، فاتجه الفقه والقضاء اتجاهاً يتعارض مع طبيعة البيع ومع مهمة التسجيل فى نظام الشهر الشخصى .

## ٢٨٦ - القول بالاثار الرجعى لا يتعارض مع نصوص الفانونه :

ولا يقتصر القول بالاثار الرجعى على أنه هو القول الذى يتفق مع مطلقوا العامة

---

(١) أنظر مثلاً ما يقول الأستاذ جميل الشرقاوى : « ونحن نعتقد أن مزيدى فكرة الأثر الرجعى للتسجيل يميزون هذه الفكرة عن أساس يمثل ما جعلنا نقول إن المقعد غير المسجل ينتقل فى الواقع الملكية إلى المشتري فى العلاقة بينه وبين البائع . والدليل على ذلك أنهم يربطون بها تفسير حق المشتري فى ائثار وتحريم البناء أو القراس فى العقار المبيع على البائع ، وهى أحكام لا تبرر فى اعتقادنا إلا مع التسليم بالملكية للمشتري » ( الأستاذ جميل الشرقاوى فى البيع ص ١٦٩ هامش رقم ٢ ) .

على النحو الذى بسلطانه ، بل هو لا يتعارض مع نصوص القانون ، فليس فى هذه النصوص نص يمنع من الأخذ به .

فالمادة الأولى من قانون التسجيل تنص على أن « جميع العقود الصادرة بين الأحياء . . . والى من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني آخر أو نقله أو تغييره أو زواله . . . يجب إظهارها بواسطة تسجيلها . . . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم » . فالتص يوجب تسجيل عقد البيع ، ويرتب على عدم تسجيله أن الملكية لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير . ويؤخذ من ذلك أن البيع إذا سجل ، انتقلت الملكية به فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير . هذا كل ماورد فى النص صراحة أو دلالة . ولم يعرض النص لتحديد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية إذا ما سجل البيع . فوجب أن ترجع فى ذلك إلى مهمة التسجيل فى نظام الشهر الشخصى ، وإلى طبيعة البيع بعد صدور قانون التسجيل . فهمة التسجيل تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية بالنسبة إلى الغير ، ولا يمكن أن يكون إلا وقت إجراء التسجيل . وطبيعة البيع تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية فيما بين المتعاقدين ، فإذ كانت الملكية تنتقل بالبيع وجب أن تنتقل عند تمامه ، ولا تحول مهمة التسجيل دون ذلك .

وبالرغم من أن رأى الذى نقول به كان قائماً فى الفقه وقت صدور قانون تنظيم الشهر العقارى ، فإن هذا القانون قد صدر وهو لا يكاد يختلف فى صياغته عن قانون التسجيل ، وليس فى نصوصه ما يتعارض مع القول بالأثر الرجعى . فقد نصت المادة التاسعة منه على أن « جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق المبنية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله . . . يجب شهرها بطريق التسجيل . . . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم » .

ثم صدر القانون الملقى الجديدي بعد صدور قانون تنظيم الشهر العقارى ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٩٣٤ من هذا القانون على أنه « فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق المبنية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر

العقارى : وجاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى فى هذا الصدد الصدد ما يأتى : « أما فى العقار فلا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، حتى فيما بين المتعاقدين ، إلا بالتسجيل . ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة ، فيما بين المتعاقدين ، من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، لأن سبب نقل الملكية هو العقد (١) .

## ٢٨٧ - ثانياً - نقل الملكية بالنسبة إلى الغير - هل يشترط

مصرع النية فى المشتري الزى سجل عقده أو لا - نظرة عامة : قدما أن انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير يكون بالتسجيل ومن وقت إجراء التسجيل . فلو أن شخصاً باع عقاراً مملوكاً له لمشتري ثم باع نفس العقار لمشتري ثان ، وسجل المشتري الثانى قبل أن يسجل المشتري الأول ، فإن المشتري الثانى يعتبر المشتري الأول من الغير (٢) ومن ثم لا تنتقل إليه الملكية إلا من وقت تسجيل عقده . ولما كان المشتري الثانى قد سجل عقده أولاً فقد انتقلت إليه الملكية ، فلا يمكن بعد ذلك أن تنتقل إلى المشتري الأول حتى لو سجل عقده بعد ذلك ، ولهذا يفضل المشتري الثانى فى هذه الحالة على المشتري الأول . ونرى من ذلك أنه إذا اشترى شخصان متعاقبان عقاراً واحداً من مالكه ، كان أسبقهما تسجيلاً هو المفضل ، فلا يسرى فى خفه البيع المتأخر فى التسجيل ولو كان هذا البيع أسبق فى التاريخ الثابت (٣) .

ويخلص من ذلك أن المشتري لعقار إذا بادر إلى تسجيل عقد شرائه فلم

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١ .

(٢) وقد قدما عند الكلام فى التقنين المدنى السابق كيف يكون تحديد الغير فى التسجيل (أنظر آنفاً فقرة ٢٦٩) .

(٣) ويشترط فى التفصيل بحسب أسبقية التسجيل أن تكون التصرفات المتعارضة صادرة من شخص واحد هو المالك ، وأنها جميعاً تصرفات صحيحة نافذة . فإذا صدر تصرف من المالك ، فضل ولو لم يسجل هل تصرف من غير المالك ولو سجل ، ولكن المشتري من غير المالك يملك بالتقدم المحسى إذا كان حسن النية . وإذا سبق إلى التسجيل تصرف باطل أو صوري ، فضل عليه التصرف الصحيح النافذ ولو سجل بعد ذلك .

يسبقه أحد ، تنتقل إليه الملكية ، حتى بالنسبة إلى شخص اشترى نفس العقار قبله . فهل هذه القاعدة مطلقة ، أو هي مقيدة بحسن نية المشتري الذى سجل أولاً ؟ يمكن أن تصور في هذه المسألة حلولاً ثلاثة :

( الحل الأول ) أن يشترط في صحة التسجيل أن يكون المشتري حسن النية ، فلا يكون وقت أن اشترى عالماً بالتصرف السابق . فإذا كان عالماً به لم يكن حسن النية ، ومن ثم لا يستطيع التمسك بتسجيل سنده أولاً .

( والحل الثانى ) ألا يشترط حسن النية في التسجيل ، ويكتفى اشتراط عدم التواطؤ . فيفضل المشتري الذى سبق إلى تسجيل سنده حتى لو كان وقت أن اشترى عالماً بالتصرف السابق ، ما دام غير متواطئ مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول الذى تأخر في تسجيل عقده . أما إذا كان متواطئاً مع البائع ، فإنه لا يستطيع التمسك بتسجيل سنده . وهذا الحل يجعل للتسجيل قوة أكبر من القوة التى يجعلها له الحل الأول .

( والحل الثالث ) ألا يشترط في صحة التسجيل لاحسن النية ولا علم التواطؤ . فيفضل المشتري الذى سبق إلى تسجيل عقده ، حتى لو كان وقت أن اشترى عالماً بالتصرف السابق ، وحتى لو كان متواطئاً مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول . ويرجع المشتري الأول الذى فاتته ملكية العقار بالتعويض على البائع ، ويرجع على المشتري الثانى أيضاً بالتعويض إذا كان متواطئاً مع البائع . ولكنه لا يستطيع أن يستخلص لنفسه ملكية العقار ، فقد خلصت ملكيته للمشتري الثانى بالتسجيل . وهذا الحل يجعل التسجيل في أعلى مراتبه من القوة ، فيكاد يداى في قوته التسجيل في نظام الشهر العيني . ولا يجوز في هذا الحل الأخير للمشتري الأول أن يظن في البيع المسجل إلا بالدعوى البولصية ، إذا توافرت شروطها . فيجب إذن أن يكون البائع معسراً ، وتفرض لتصور ذلك أنه كان لا يملك إلا العقار الذى باعه ، فلم يبد عنه مال للوفاء بتعويض المشتري الأول . في هذه الحالة يستطيع المشتري الأول ، وهو دائن البائع بالتعويض ، أن يظن في البيع المسجل بالدعوى البولصية ، فيجعله غير نافذ في حقه . ولكن العقار لا يتخلص لملكته للمشتري الأول ، ولا يستطيع إلا أن ينفذ عليه بالتعويض الذى له ، فيأخذ التعويض من ثمنه بعد بيعه في المزاد

الجبرى ، ويزاحه فى هذا الثمن دائئو البائع الآخرون وفقاً للقواعد المقررة فى الدعوى البولصية ، وهكذا نرى أن للتسجيل فى هذا الحل الثالث أكبر مراتب القوة ، فهو حتى إذا طعن فيه بالدعوى البولصية وأصبح غير نافذ فى حق المشتري الأول ، لم تخلص لهذا المشتري ملكية العقار ، بل لا يكون له عليه إلا حق التنفيذ بالتعويض على الوجه الذى قدمناه .

ونخلص من ذلك أن هناك تدرجاً فى قوة التسجيل بحسب الحل الذى يؤخذ به . فأضعف ما يكون التسجيل عندما يشترط فى صحته حسن نية المشتري . ثم يتدرج فى القوة إذا لم يشترط حسن النية ، ولكن اشترط عدم التواطؤ . وأقوى ما يكون التسجيل إذا لم يشترط لا حسن النية ولا عدم التواطؤ ، فلا يبقى إلا الطعن فيه بالدعوى البولصية إذا كان البائع معسراً ، ولا تخلص للدائن ملكية العقار فى هذه الحالة ، بل لا يكون له إلا حق التنفيذ .

فأى رأى من هذه الآراء الثلاثة هو الواجب الأخذ به ؟ يختلف ذلك باختلاف المهود الثلاثة : عهد التقنين المدنى السابق وعهد قانون التسجيل وعهد قانون تنظيم الشهر العقارى .

## ٢٨٨ - شرط حسن النية فى عهد التقنين المدنى السابق - امانة :

وقد قلنا أن رأى الراجح فى عهد التقنين المدنى السابق هو اشتراط حسن النية فى المشتري لصحة التسجيل ، وبيننا أسانيد هذا رأى ، وأنه يعتمد حل نص صريح فى التقنين المدنى السابق هو نص المادة ٢٧٠/٣٤١ من هذا التقنين ويجرى على الوجه الآتى : « لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه إلا بتسجيل عقد البيع كما سيذكر بعد ، متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظ قانوناً ، وكانوا لا يعلمون ما يضر بها (١) . وذكرنا أن هذا رأى كان ينازعه رأى آخر يلعب إلى عدم اشتراط حسن النية ، والاكتفاء باشتراط عدم التواطؤ . بل كان هناك رأى متطرف ، مالئ أن

(١) ولنص الفرنسى لمساواة « لا يعلمون ما يضر بها » هو ، كما قلنا : *qui sont de bonne foi*

مجر ، يعتد بالتسجيل إلى أقصى حد ، فلا يهله ولو كان المشترى مبيعاً  
النية ، بل ولو كان متواطئاً ، مادام عقد شرائه عقداً جدياً ، فان كان عقداً  
صورياً لم يكن له وجود ولا يعتد به حتى لو سجل . ونكتفي هنا بالإحالة إلى  
ماسبق أن بسطناها في كل ذلك (١) .

والرأى الراجح من هذه الآراء الثلاثة ، وهو الرأى الذى يذهب إلى  
اشتراط حسن النية لصحة التسجيل ، ينزل بالتسجيل إلى أضعف درجة من  
القوة كما سبق القول .

### ٢٨٩ - شرط حسن النية في عهد قانونه التسجيل : أما في عهد قانون

التسجيل ، فقد استبعد لأول وهلة الرأى الأول الذى يشترط حسن النية لصحة  
التسجيل ، حتى يرتفع التسجيل إلى درجة أقوى مما كان عليه في عهد التقنين  
الملئى السابق . وأمكن استبعاد هذا الرأى الأول بحجة من ظاهر النص ، فقد  
كانت المادة الأولى من قانون التسجيل لا تذكر شرط حسن النية كما كانت  
المادة ٢٧٠ / ٣٤١ من التقنين الملئى السابق لا تذكر هذا الشرط . ثم تأتى  
المادة الثانية من قانون التسجيل ، وهى التى تعرض للحقوق والأحكام الكاشفة  
عن الحقوق العينية فتشترط في التسجيل ألا يداخله التدليس ، إذ تقول  
في الفقرة الثانية منها : « فإذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات ، فلا تكون  
حجة على الغير ، كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إذا داخلها  
التدليس » . فاستخلص من عدم اشتراط حسن النية في العقود المنشئة واشترطه  
في العقود الكاشفة ، أن حسن النية غير مشروط لصحة تسجيل البيع (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٩ .

(٢) استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ الحاماة ٨ رقم ٤٧٤ ص ٧٧٥ - ٢٨ مايو  
سنة ١٩٢٩ الحاماة ٩ رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ - استئناف مخطط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٧  
م ٥٠ ص ٧٤ - ٨ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٣ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٥٢  
ص ٦٥ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٩٦ - ١٨ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢  
ص ٣١٤ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكى فقرة ٢٧٣ - الأستاذ محمد كامل مرسى  
فقرة ١٦٥ - ومع ذلك أنظر استئناف مخطط ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١١٠  
( وقد اشترط هذا الحكم حسن نية لصحة التسجيل ) .

ولكن بقي الرأيان الآخران يتنازعان القضاء والفقهاء . فرأى يذهب إلى أنه إذا كان لا يشترط حسن النية لصحة التسجيل ، فإنه يشترط عدم التواطؤ (١) . ورأى آخر يذهب إلى أن قانون التسجيل قد قضى على نظرية التواطؤ ، فيجب تفضيل المشتري الثاني الذى سجل أولاً ، حتى لو كان سيء النية ، وحتى لو كان متواطئاً مع البائع (٢) .

(١) ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أنه بما يحاق الدفعة ألا يكون التواطؤ جزاءً ، وإلى أنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة فيما يخص فيه قانون التسجيل وهذه القواعد لا تقرر الأعمال المبطونة على التواطؤ ، وإلى أن المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل لم تقصد أن تقول إن هذا القانون قد أراد القضاء على نظرية التواطؤ وإنما قصدت أن تقول إنه قد حسم النزاع فيما يتعلق بحسن النية وسوء النية ، وإلى أنه لا يتفق مع المنطق أن يكون حق المشتري بمقتضى غير سجل سلباً في مواجهة البائع ثم يصح بعد تواطئ الغير مع البائع حقاً سلباً للفترة : حكم الدوائر المختصة لهيئة استئناف مصر في ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ - استئناف مصر ٢٢ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣١ ص ٣٠٨ - ٢٥٠ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٢ ص ٢٩٢ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ - رقم ١٣٤ ص ٣٠٢ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٦٣ ص ٩٠٤ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٣٣ - استئناف مخطوط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٤ ص ١١٠ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٧٤ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٥ .

وانظر الأستاذ عبد السلام ذكى في الفس والتواطؤ والتدليس في التسجيل - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٢ ص ٢١٣ هامش رقم ٣ وص ٢١٧ - ص ٢١٨ .

(٢) ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أن قانون التسجيل قد أبقي على نظرية التواطؤ في العقود الكائنة وأغفلها في العقود المنشئة ، وإلى أن المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل صرحت بأنه يراد حسم المنازعات المندبة في الفصل في مسائل حسن النية وسوء النية ، وإلى أن قانون التسجيل قد غلطاً خطرتين لإدخال نظام السجل العقاري فبطل انتقال الملكية بين المصالحدين مرتين بالتسجيل وحده وقضى على نظرية سوء النية والتواطؤ ، وإلى أن المشتري الثاني يتعامل مع البائع ولا يزال مالكاً للبيع ، وإلى أنه لا محل لتسلك بالمادة ٢٧٠/٢٤١ مدق سابق لأن قانون التسجيل قد نص في المادة ١٦٦ على إلغاء كل نص يخالف أحكامه . أنظر من هذا الرأي : استئناف مصر ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ - ٢٧ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩٩ ص ٦٢٤ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٥٣ ص ٣٠٥ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٤١ ص ٢٥٤ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ =



وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأي الآخر ، وقضت بأنه لا يشترط لصحة التسجيل لا حسن النية ولا انعدام التواطؤ ، فإذا تصرف المالك ، بعد تصرف سابق صدر منه دون أن يسجل ، لشخص آخر ، فإنه يتصرف فيها يملكه ملكاً تاماً . فإذا أدرك هذا الشخص الآخر وسجل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف إليه الأول ، فقد خلصت له - بمجرد تسجيله - تلك الملكية العينية التي لم يتعلق بها حق ما للأول ، حتى ولو كان المتصرف والمتصرف إليه الثانى سبيء النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف إليه الأول من الصفقة . وإذن فلا يقبل من أى إنسان لم يكن عقده مسجلاً ناقلاً الملك فعلاً إليه أن يتنازع من آل إليه نفس العقار وسجل عقده من قبله مدعياً أن له حقاً عينياً على العقار محتج به عليه . كما أنه لا يقبل مطلقاً الاحتجاج على صاحب العقد المسجل الذى انتقلت إليه الملكية فعلاً بتسجيله لا بسوء نية المتصرف ولا بالتواطؤ (١) . فارتفعت محكمة النقض ، بهذا

= رقم ٢٣٠ ص ٧٠٦ — استئناف أسوط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ الجمعية الرسمية ٣٢ رقم ١٤ .

وأظهر الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكى نقرة ٤٦٩ — الأستاذ أحمد أمين فى شرح قانون العقوبات القسم الخاص ص ٧٣٩ .  
وأنظر فى عرض الرايين : الأستاذ أنور سلطان نقرة ١٨٢ — الأستاذ محمد على إمام نقرة ١٦٩ ص ٢٧٨ — ٢٨٢ — الأستاذ محمد كامل مرسى فى شهر التصرفات نقرة ١٦٥ وما بعدها — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى نقرة ١٠٣ ص ١٦٥ — ص ١٦٧ — الأستاذ جميل الشرقاوى ص ١٧٣ — ص ١٧٦ — الأستاذ محمد المنعم اليدرارى نقرة ٢١٤ — نقرة ٢١٧ .

(١) نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ بجماعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥ . ويقول نفس الحكم أيضاً ما يأتى : « ولا يجوز التحدى بعبارة سوء النية أو حسنها أو العلم أو عدم العلم المشار إليهما بالمادة ٢٧٠ وغيرها من مواد القانون المدنى ، لأن هذه المادة مؤسسة على مبدأ القانون المدنى الذى كان يرتب نقل ملكية المبيع بين المتنازعين على مجرد الإيجاب والتقبل ، وهذا المبدأ قد قضت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من قانون التسجيل قضاء نهائياً ، كما نصت المادة ١٩ من هذا القانون على إلغاء كل نص يخالفه ، وإذن تملك المادة (٢٧٠) قد نسخها قانون التسجيل ولم يمد حكمها باتى ، والدعوى البولسية المشار إليها بالمادة ١٤٣ من القانون المدنى هى دعوى شخصية يرضها دائن لإبطال تصرف مدته الحاصل بطريق التواطؤ للإضرار به وحرمانه من إمكان التنفيذ بدية على الملك المتصرف فيه والذى كان يستند عليه الدائن لضمان استيفاء بمقوقته ، وليس من نتائج هذه الدعوى تثبيت ملكية المدعى لما يطلب إبطال التصرف فيه » .

الرأى الذى اعتنفته ، بالتسجيل إلى أعلى مرتبة من القوة . ولكن لا يفهم من قضائها هذا أن المشتري الأول ، الذى تواطأ البائع والمشتري الثانى على الإضرار بحقه ، يصبح محروماً من الحماية . لا يستطيع هذا المشتري حقاً أن يتعرض للتسجيل فيبطله للتواطؤ . ولكن يستطيع أن يطالب البائع بتعويض ، ويتقاضاه مما عنده من مال ، إن كان البائع موسراً . فإذا كان معسراً وكان البيع المسجل هو الذى سبب الإعسار أو زاد فيه ، جاز للمشتري الأول أن يعطى فى البيع المسجل بالدعوى البولصية ولكن لا تثبت ملكيته فى العقار المبيع ، بل للتنفيذ عليه بالتعويض المستحق له (١) ، ويزاحمه فى ثمن العقار دائنو البائع الآخرون على النحو الذى قدمناه (٢) .

== وانظر أيضاً : نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٣٠٧ - ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣ ص ١١٣ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٦ ص ٧٠٧ - ٣ أبريل سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣٦ ص ٣٣٠ . استئناف مصر ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ الحاماة ١٥ رقم ١٥٣ ص ٣٥٥ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ١٤١ ص ٢٥٤ - ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ الحاماة ١٠ رقم ٣٥٤ ص ٧١٣ - استئناف اسكندرية ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٤٥ - وقارن : نقض مدنى ٧ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٨ ص ١١٠٣ .

(١) قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٢ ص ٢١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط فى هذا المعنى بأنه يجوز للمتصرف إليه الاول بعقه غير مسجل أن يرفع دعوى عدم نفاذ العقد الثانى المسجل ، إذا توافرت شرائط الدعوى البولصية ، على اعتبار أنه دائن حادى من حقه أن يبطل التصرف المفتر لمدينه ليستطيع استرداد الثمن الذى دفعه والحصول على التعويضات التى يستحقها . على أنه يلاحظ أن النقص من هذه الدعوى لا يمكن أن يكون بطلان التصرف الثانى ليحل محله التصرف الاول غير المسجل ، فان الدعوى إذا كانت تهدف إلى هذا الغرض تعتبر تحايلاً على مخالفة قانون التسجيل ، فضلاً عن أن الدعوى البولصية فى الواقع لا تهدف إلى بطلان التصرف ، وإنما تهدف إلى الحد من سريانه فى حق الدائن الذى يتضرر من أثر التصرف فى مال مدينه . فإذا وجد فى هذا المال ما يلقى يدينه زالت الحكمة فيها وأصبحت غير مقبولة ، وهى ليست خاصة بدائن واحد بل يستطيع جميع الدائنين العاديين أن يشتركوا فيها وأن يعاقبوا المال الذى يرجع إلى مدينهم ( ٣ يونيو سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢ ص ٤٧ ) . ثم قضت محكمة النقض أخيراً بأنه إذا تحققت الشروط المقررة للطن بالدعوى البولصية ، فان مؤدى ذلك أن تعود ملكية المين المتصرف فيها إلى البائع ، ويكون من حق المشتري الذى يسجل عقده يورصفه دائناً بالثمن للتنفيذ عليها جبراً استيفاء له . وليس من شأن هذا التنفيذ أن يمدد هذا المشتري إلى يمت عقده الابتدائى ومطالبته الحكم بصحته ونفاذه ، =

ولم تنهل محكمة النقض العقد الذى سجل أولاً إلا فى حالة ما يكون عقداً  
صورياً ، فهو عند ذلك لا وجود له ولا يعتد به (١) .

لأن الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل إلى المشتري الذى سجل عقده بحملة بين المشتري الذى  
لم يسجل يوصفه دائناً للبائع ، وليس الدائن فى مقام التنفيذ بدنه أن يطالب بملكية العقار الذى  
يجرى عليه التنفيذ ( نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٨  
ص ١١٨٥ ) . ونقض نفس الحكم بأنه متى كان الواقع فى الدعوى هو أن طلبات المشتري التى لم  
يسجل عقده أمام محكمة الموضوع قد تحددت بصفة أصلية واستقرت على التمسك بطلب إبطال  
التصرف الصادر من البائع إلى المشتري الذى سجل عقده تأسيساً على المادة ١٤٤ من القانون المدنى  
القديم ، فإن إضافته إلى ذلك طلباً آخر هو الحكم بصحة ونفاذ عقده ليس من شأنه إهدار الطلب  
الأصل فى الدعوى وهو إبطال التصرف المؤسس على الدعوى البوليسية ، وتكون المحكمة إذا  
أدبرت الدعوى مفاضلة بين عقدين لمجرد هذه الإضافة ، وأعلنت حكمها على ما بين الطرفين من  
تفاوت فى الأثر القانونى لكل منهما دون أن تعرض لمبحث طلب إبطال التصرف استقلالاً ، قد  
خالفت لقانون ( نفس الحكم السابق ) . وكانت محكمة النقض قد قضت قبل ذلك بأنه لا يجوز  
المجمع بين دعوى تثبيت الملكية فى الدين المشتراة والدعوى البوليسية ، لأن كلا من الدولتين تتناقل  
مع الأخرى ( نقض مدنى ٩ ديسمبر ١٩٢٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٦ ص ٢٠٦ ) .

وقد سارت محكمة النقض الإيطالية إلى مدى أبعد من هذا ، فلم تسمح حتى يرفع الدعوى البوليسية  
على النحو الذى بسطناه ، بدعى أن المشتري له حق شخصى محض ، بل هو حق شخصى يرمى  
إلى تلك المبيع ، قال هذا الحق هو أن يصير حقاً عينياً . والدعوى البوليسية لم تشرع إلا لحماية  
الحقوق الشخصية التى لا يقصد بها الحصول على الملكية ، فلا يكون المشتري إلا مطالبة البائع  
بالمثل المدفوع له من المشتري الثانى إذا وجده فى ماله ( أنظر الحكم منشوراً فى مجلة مصر المعاصرة  
سنة ١٩١٨ ص ٤٠٨ - ص ٤٠٩ - والحكم مستشهد من بعض فقهاء القانون الإيطالى - أنظر  
مقال الأستاذ كاديغينوس فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٨ ص ٤٠٧ - برناردى فى مجلة  
مصر المعاصرة سنة ١٩٢٢ ص ٢٠١ - وأنظر الأستاذين أحمد نجيب الحلال وسامد زكى  
لقرة ٢٧٣ ص ٢٧٤ هامش رقم ١ ) .

أما محكمة النقض الفرنسية فتعنى بأن التواطؤ يبطل التسجيل ، وتفضل المشتري الأول  
المتاخر فى التسجيل على المشتري الثانى الذى سجل أولاً إذا كان هذا المشتري الثانى قد توافقاً  
مع البائع ، ولا يمكن أن يكون سبباً ثانياً ( نقض فرنسى ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٠ دالوز  
١٣ يولية سنة ١٩٥٠ ص ٤٤٩ ) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقده  
شرائه ، ولا يجوز دون نقل الملكية - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون المشتري  
حالياً بأن البائع له أو مزوجه سبق أن تصرف فى المبيع ذاته لمشتري آخر لم يسجل عقده ، ما لم يثبت  
أن عقد المشتري المسجل هو عقد ضرورى . ولا ينتج فى إثبات هذه الضرورية مجرد علم هذا المشتري  
وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل الوارد على ذات المبيع ( نقض مدنى ٣١ ديسمبر  
سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢ ) - وأنظر أيضاً : نقض مدنى =

وإذا كانت محكمة النقض ، بقضائها هذا ، مدفوعة إلى تخصيص التسجيل من كل طعن وتقويته إلى حد يجعله يقرب من قوة التسجيل في نظام السجل العقارى ، فقد تكون بذلك قد سارت إلى مدى أبعد مما يحتمله نظام الشهر الشخصى الذى لا تزال فيه حتى اليوم . ففى نظام السجل العقارى يصل التسجيل إلى هذه المرتبة من القوة ، لأن هناك ضمانات قوية لصيقة بهذا النظام بأمن بها المتعاملون من أن تضع عليهم حقوقهم . فلا يسجل عقد قبل أن تتحرى صحته إلى أبعد حدود التحرى ، وقبل أن تفحص التصرفات السابقة عليه فحسباً دقيقاً ، ثم يعرض من يضار بهذا النظام تعويضاً تكفله خزانة السجل العقارى ذاتها . فاما وهذه الضمانات لا تزال تعوز النظام الشخصى القائم ، فلا نرى بدأ من الاعتماد بالتواطؤ إذا داخل التسجيل ، فيبطل التسجيل إذا أثبت المشتري الأول أن المشتري الثانى الذى سبقه إلى التسجيل كان متواطئاً مع البائع (١) . وفى رأينا أن غير طريق للحصول إلى هذه النتيجة هو الطعن فى البيع المسجل الدعوى البولصية ، ولكن لا على النحو الذى تذهب إليه محكمة النقض ، بل على نحو خاص سنعود إليه فيما يلى (٢) .

## ٢٩٠ - شرط حسن النية فى قانونه تنظيم الشهر العقارى :

كانت اللجنة التى قامت بوضع مشروع قانون تنظيم الشهر العقارى تواجه

٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة رقم ٢ من ١٢٥ ص ٤٠٥ - ٣ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة  
 رقم ٤ من ٦٧ ص ١٨٢ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة رقم ٤ من ٨٠ ص ٢٢٠ -  
 ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة رقم ٤ من ٨٨ ص ٢٣٤ - ٦ يوليو سنة ١٩٤٦ مجموعة  
 رقم ٥ من ٩١ ص ١٨٨ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ من ١٣٣ -  
 ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦ - أول ديسمبر سنة ١٩٥٥  
 مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٠ ص ١٥٣٦ - ٧ يونيو سنة ١٩٥٦ مجموعة النقض ٧  
 رقم ٩٧ ص ٧٠١ .

(١) الأستاذ عبد السلام ذكى فى التسجيل ص ٤٩ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد  
 زكى فقرة ٢٧٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٢ ص ٢٦٧ - الأستاذ عبد الفتاح  
 عبد الباقى فقرة ١٠٣ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ١٧٦ - استئناف مخطوط ٢٨ ديسمبر  
 سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٧٤ - ٨ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٣ .  
 (٢) أنظر ما يلى فقرة ٢٩٠ فى آخر الفقرة . وأنظر الوسيط ٢ فقرة ٥٨٨ ص ١٠٣٠  
 وهامش رقم ٤ .

الرأين الذين ينشازعان الفقه والقضاء في هذه المسألة : الرأي الذي يذهب إلى أنه يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ ، والرأي الذي يذهب إلى أن التسجيل يكون صحيحاً ولو مع التواطؤ مع الاحتفاظ بالدعوى البولصية ودعوى الصورية وهو الرأي الذي ساد في العمل أخيراً بعد أن أخذت به محكمة النقض كما رأينا . وقد وصف أحد أعضاء هذه اللجنة الخلاف الذي قام بين الأعضاء في هذا الصدد في العبارات الآتية : « وفي أثناء مناقشة هذا الموضوع انقسم أعضاء اللجنة إلى فريقين . يرى الفريق الأول أن يطبق المبادئ العامة على اعتبار أن التدليس يفسد كل شيء . بينما يرى الفريق الآخر الأخط بالحكم الذي أصله محكمة النقض من أن التدليس لا يفسد المحررات المنشئة للحقوق العينية المقارية الأصلية مع تعميمه حتى يشمل جميع أنواع التصرفات الأخرى ، خصوصاً وأن قانون الشهر قد أخذ بكافة إجراءات نظام السجل العيني فيما عدا إمساك السجل ، والسجل العيني لا يعترف بالتدليس كميبي يترتب عليه إلغاء التسجيل . وأضاف الفريق الثاني إلى ذلك أننا يجب أن نتخذ إجراء حاسماً يعطى للتسجيل قوته وحجيته ، ولا داعي للتردد الذي كان سبباً في شاب قانون سنة ١٩٢٣ من عيوب جعلته غير صالح لاعتباره الخطوة التمهيدية لنظام السجل العيني . أضيف إلى ذلك أن حكم محكمة النقض صريح في هذا المعنى . وقد استمرت مناقشات اللجنة طويلاً ، إلى أن انتهى الرأي إلى أن حكم محكمة النقض صدر بالمعنى الوارد به نظراً للحرج الذي كانت ( المحكمة ) أمامه من وجود نص صريح على التدليس في المادة الثانية وعدم وجود هذا النص في المادة الأولى . ولذلك فلا يمكن أن يعتبر هذا الحكم معبراً عن وجهة نظر القضاء كفضل من مصادر التشريع ، فيقال إن محكمة النقض ترى في أي الأحوال ألا يكون للتدليس أثر على تسجيل المحررات . ولذلك رأيت اللجنة أن تزيل هذا الحرج ، فلا تنص على التدليس في المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري التي تقابل المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٣ ، كما تزيل النص على التدليس فيما يلي ذلك من المواد التي تقابل المادة الثانية من القانون القديم . وعلى هذا الأساس صدر قانون الشهر العقاري غفلاً من النص على التدليس في أي مادة من مواده ، أي أن المشرع ترك ذلك للمبادئ العامة عند عرض

الأمر على القضاء (١) .

ويدو أن اللجنة - عن قصد أو عن غير قصد - قد رجحت الرأى القائل بأن التواطؤ يفسد التسجيل على خلاف الرأى الذى أخذت به محكمة النقض . فقد انتزعت من النصوص أقوى حجة لهذه المحكمة تستند إليها من ناحية النص فى أن التواطؤ لا يمتد به فى العقود الشئة . ذلك أن قانون التسجيل كان يجعل فى نصوصه هذه الحجة القوية ، إذا كانت المادة الثانية تنص صراحة على أن التدليس يفسد التسجيل فى العقود الكاشفة ، وتسكت المادة الأولى عن هذا النص فى العقود المنشئة ، فسهل استخلاص أن التدليس لا يفسد التسجيل فى العقود المنشئة عن طريق الدلالة العكسية . فأغفل قانون تنظيم الشهر العقارى النص فى المادة العاشرة منه على أن التدليس يفسد التسجيل فى العقود الكاشفة ، كما أغفل النص على ذلك أيضاً فى المادة التاسعة فى العقود المنشئة ،

المستطاع إستخلاص فساد التسجيل بالتدليس عن طريق الدلالة العكسية فى طائفة من العقود دون الأخرى ، وأصبح أثر التدليس فى التسجيل واحداً فى الطائفتين معاً ، وموكلأ أمره للمبادئ العامة على النحو الذى قصدت إليه اللجنة . ويقوى الظن بأن اللجنة ترجع أن يكون التواطؤ مفسداً للتسجيل عندما ترى أن قانون الشهر العقارى لم يلزم السكوت عن هذه المسألة ، ولم يصدر كما قبل غفلاً من النص على التدليس فى أية مادة من مواده . فقد نص ، فى صدد تسجيل الدعاوى ، فى المادة ١٧ منه على أنه « يترقب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتب لم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » . ولما كانت المادة ٥١ من قانون الشهر تنص على الدعاوى الواجب تسجيلها وتدخل فيها

---

(١) الدكتور محمود شوق فى الشهر العقارى علماً وعلاص ٢١٢ - ص ٢١٣ - وورد فى المذكرات الإيضاحية لمشروع قانون الشهر العقارى : « وفى صدد التدليس لم ير عمل نص عليه ، لا بالنسبة إلى التصرفات المقررة لحقوق العينية ولا بالنسبة إلى التصرفات المنشئة لهذه الحقوق ، اكتفاء بتطبيق أحكام القواعد العامة فى هذا الشأن » .

دعوى صحة التعاقد ، فقد خلص من ذلك أن التسجيل السابق على تسجيل دعوى صحة التعاقد لا يكون حجة على رافع هذه الدعوى بعد أن سجل صحيفة دعواه إلا إذا كان صاحب التسجيل السابق حسن النية . فإذا سجل المشتري الثانى عقده ، ولم يجد المشتري الأول مناصاً من رفع دعوى صحة التعاقد على البائع ، وسجل صحيفة الدعوى بعد تسجيل عقد المشتري الثانى ، فله أن يبتج على المشتري الثانى بأنه لم يكن حسن النية عندما اشترى . والمفهوم أن حسن النية هنا معناه أن المشتري الثانى كان يعلم وقت أن اشترى بصدور تصرف سابق من البائع فى نفس العقار . ومخلص من كل ذلك أنه يمكن أن يستتج من الجمع بين المادتين ١٥ و ١٧ من قانون الشهر أن حسن النية ، بالمعنى الذى كان مفهوماً فى التقنين المدنى السابق ، مشروط لصحة التسجيل .

ولعل واضحى قانون الشهر المقارى لم يقصدوا إلى تقرير هذا الحكم ، فهم إنما قصدوا ترك المسألة إلى المبادئ العامة بعد أن انزعوا من أصحاب الرأى القائل بأن التواطؤ لا يفسد التسجيل أقوى حجة لهم من ناحية النصوص . وقد كان من الخير ، فى مسألة هامة كهذه المسألة اضطربت فيها الآراء وقررت فيها محكمة النقض حكماً خطيراً قد يكون محلاً للنظر ، أن يحسم قانون الشهر الخلاف فيها ، فبين الحكم الذى ينتهى إليه تطبيق المبادئ العامة بدلاً من ترك الأمر للفقهاء والقضاة ليعود الخلاف والاضطراب .

وقد وقع هذا فعلاً ، فعاد الخلاف بعد صدور قانون الشهر . وتنازع الفقهاء الرأىين اللذان كانا يتنازعا قبل قانون الشهر ، فرأى يذهب إلى أن التواطؤ يفسد التسجيل ، ورأى آخر يذهب إلى أنه لا يفسده . بل إن الخلاف قد زاد برجوع رأى ثالث كان قانون التسجيل قد قضى عليه ، وهو الرأى الذى يذهب إلى أن سوء النية وحده يكفى لإفساد التسجيل إذ حسن النية مشروط لصحته ، وقد رأينا كيف يستطيع هذا الرأى أن يستند إلى نصوص قانون الشهر فى مادتيه الخامسة عشرة والسابعة عشر .

وأمام هذا الخلاف لا يسعنا إلا أن نتخذ الموقف الذى نعتقد أنه هو المتفق مع المبادئ العامة ، كما قصد إلى ذلك واضعوا قانون الشهر . ومن ثم يتعين متباعد الرأى الذى يذهب إلى اشتراط حسن النية فى التسجيل واستبعاد الرأى

الذي يذهب إلى أن التواطؤ لا يفسد التسجيل ، والوقوف عند الرأى الذى يذهب إلى أن حسن النية ليس مشروطاً لصحة التسجيل ولكن التواطؤ يفسده أما أن حسن النية لا يشترط لصحة التسجيل فلأنه لا يمكن أن يكون واضحاً قانون الشهر العقارى قد قصدوا إلى ذلك ، فكل ما قصدوه هو ترك المسألة للمبادئ العامة (١) . وليس من المصلحة الرجوع فى خطوها قانون التسجيل عندما قضى على شرط حسن النية فعدم نظام التسجيل وقواه بازالته عاملاً

(١) والواقع أن واضع قانون الشهر العقارى قد جاوزوا الفرض الذى قصدوا إليه عند ما نقلوا المادة ٢/١٧ من المادة ٢/١٢ من قانون التسجيل . فقد كانت الفقرة الثانية من المادة ١٢ من قانون التسجيل تنص على ما يأتى : « وتبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأثير المشار إليها خاضعة للتصرف والمبادئ السارية وقت اكتسابها » . وكانت التصرف والمبادئ المشار إليها فى هذا النص تنصص للتقنين المدل السابق ومبادئه ، وهذه كانت تقتصر على حماية الدائن المرتب حسن النية إذا استمد حقه من شخص زالت ملكيته بأثر رجعى ، فبقى هذا الحق بالرغم من الأثر الرجعى ما دام مقيداً قبل تسجيل صحيفة الدعوى . أما غير الدائن المرتب ، أكثر من زالت ملكيته بأثر رجعى أو مشتر من غير مالك أصلاً ، فلم يكن يحبه نص قانون التسجيل حتى لو كان قد سجل سنده قبل تسجيل صحيفة الدعوى وكان حسن النية . ونقل قانون الشهر هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ منه على الوجه الآتى : « ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأثير أو التسجيل المشار إليهما » . فحصل بحمايته ، لا الدائن المرتب فحسب ، بل أيضاً المشتري وكل من كسب حقاً عينياً على العقار كان يهدده الأثر الرجعى لزوال الملكية ، وذلك إلى وقت تسجيل صحيفة الدعوى . واشترط لحماية هؤلاء أن يكونوا حسن النية ، أى غير عالين وقت أن كسبوا حقوقهم بما يهدد ملكية سلفهم من زوال بأثر رجعى .

فلما أضفت النص إلى دعوى زوال الملكية بأثر رجعى دعوى الاستحقاق ودعوى صحة التعاقد ، أدخل فى زمرة الأشخاص الذين تشملهم الحماية أشخاصاً من نوع آخر . فهؤلاء الأخيرون لا يستمدون حقوقهم من مالك يهدد ملكيته الزوال بأثر رجعى ، بل يستمدونها من غير مالك أصلاً فى حالة دعوى الاستحقاق ، ومن مالك سبق له التصرف فى ملكه فى حالة دعوى صحة التعاقد . فكان ينبغي أن يعامل كل بما يقتضيه مركزه . أما من يستمد حقه من غير مالك أصلاً ، فلا يحصى ولو كان حسن النية ، إلا إذا استمد حقه من شخص يستطيع أن يملكه ولو كان هو نفسه غير مالك وذلك كالمشتري بمقد صورى وكالوارث الظاهر كما سبق القول ( أنظر آنفاً فقرة ٢١٣ فى المامش ) . وأما من يستمد حقه من مالك سبق له التصرف فى ملكه فيحصى ولو كان سيء النية - أى يعلم بالتصرف السابق - لأنه استمد حقه من مالك لا يهدد ملكيته الزوال ، ما لم يكن متراملاً مع هذا المالك ( قارب فى هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس فى عقد الإيجار فقرة ١٢٢ ص ٢٠٥ هامش رقم ٣ - البيع والإيجار لنفس المؤلف فقرة ٢١١ ص ٢٨٦ هامش رقم ١ ) .



من عوامل الاضطراب والزعزعة في الثقة العقارية . إذ أن حسن النية مسألة نفسية ، والعلم يسبق التصرف أمر دقيق يصعب في كثير من الأحيان إثباته ، ولكنه يبقى سيقاً مطلقاً يهدد سلامة التسجيل ، بخلاف التواطؤ فإن أماراته الخارجية تكون عادة كثيرة فيسهل إثباته ويكون واجب الردع والجزاء . فقانون الشهر العقاري ، وهو خطوة إلى الأمام بالنسبة إلى قانون التسجيل ، لا يصح أن يتخلف عن هذا القانون في مسألة على هذا القدر من الأهمية . وليست الحجة المستمدة من الجمع بين نص المادة ١٥ ونص المادة ١٧ من قانون الشهر بالحجة الحاسمة ، ومن البعيد أن يكون واضعوا هذا القانون قد قصدوا ما يراد استخلاصه من هذين النصين . فمن يادر إلى تسجيل سنده ، وسبق في ذلك رافع الدعوى في تسجيل صحيفة دعواه ، يجب أن يكون حسن النية حتى يستطيع أن يخرج بتسجيله السابق على رافع دعوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع أو الاستحقاق أو صحة التعاقد . أما حسن نية المشتري بالنسبة إلى هذه الدعاوى دون دعوى صحة التعاقد (١) ، فيجب أن يكون علم العلم بعيب سند البائع وقت تعاقد المشتري في دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع ، أو عدم العلم بانعدام هذا السند بتأني في دعوى الاستحقاق . وتبقى دعوى صحة التعاقد ، ويجب بالنسبة إلى هذه الدعوى ألا يكون مجرد علم المشتري بسبق التصرف في الذي اشتراه نافياً لحسن النية . فالتصرف السابق غير مسجل ولا يزال البائع مالكاً لا يبيع ، ومن حق المشتري أن يشتري من المالك ولو سبق للمالك التصرف ، فقد يكون هذا التصرف معيباً ، والمالك على كل حال لم يتجرد عن ملكيته . وقد قطعت محكمة النقض ، بعد صدور قانون الشهر العقاري ، في هذه المسألة ، فقضت بأن « الغير سيء النية في معنى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون تنظيم للشهر العقاري رقم ١١٤ سنة ١٩٤٦ هو الذي كان يعلم بعيب سند المتصرف وقت تعاقد معه ، بأن كان يعلم أن البائع له غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعيب يطله أو بما يوجب فسخه . أما من يتعامل

(١) وقد كانت المادة ١٧ من قانون الشهر تتضمن فقرة ثالثة تعرف حسن النية بوجه عام ثم حذفت ، فأصبح الفناء حراً في تحديد حسن النية في الحالات المختلفة ، كل حالة بما يلائمها ( أنظر آتياً فقرة ٢٦٣ في الماشي ) .

مع بائع لم يثبت أنه سبق أن تصرف في العقار المبيع تصرفاً انتقلت به الملكية ، فلا يعتبر سيء النية في معنى المادة المذكورة ، لأنه في هذه الحالة قد تعامل مع مالك حقيقي لا تشوب ملكيته شائبة ، ولو كان يعلم وقت تماقده معه أنه سبق أن باع نفس العقار لمشتري سابق لم يسجل عقده . ذلك أنه وفقاً للمادة التاسعة من القانون السالف الذكر يجب شهر جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن . فمن يتعامل مع بائع على أساس هذا القانون لا يصبح إهدار سبق تسجيل عقده أو عريضة دعواه استناداً إلى الفقرة الثانية من المادة ٧٧ من القانون المشار إليه ، وإنما يجوز الطعن في عقده بدعوى الصورية أو بالدعوى البولصية متى توافقت شروطهما (١) .

ونرى من الحكم السالف الذكر أن محكمة النقض ، حتى بعد صدور قانون تنظيم الشهر العقاري ، لا تزال مصرة على المبدأ الذي قرره في عهد قانون التسجيل من أن التواطؤ لا يفسد العقد المسجل ، وأنه لا يجوز الطعن في هذا العقد إلا بدعوى الصورية أو بالدعوى البولصية على النحو الذي بسطناه . وقد قضت في هذا المعنى أيضاً بأنه وفقاً لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقاري لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد شرائه ، ولا يحول دون انتقائها إليه أن يكون عالماً بأن البائع له أو مورثه سبق أن تصرف في المبيع ذاته لمشتري آخر لم يسجل عقده . ولا يحول دون انتقال الملكية للمشتري الثاني الذي سبق في التسجيل إلا كون عقده صورياً . وأنه لا ينتج في إثبات تلك الصورية مجرد علم المشتري وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل (٢) .

---

(١) نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦ .

(٢) نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٥٢ —  
وانظر أيضاً : نقض مدني ٧ يونيو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٩ ص ٩١٤ —  
٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٦ ص ١١٢٨ — ٤ مارس سنة ١٩٥٤  
مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١ ص ٥٧٢ — ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام —

وهذا الرأى يجب أيضاً استيعاده لنظره فى الناحية الأخرى ، كما استبعدنا الرأى الأول الذى يتطرق فى اشتراط حسن النية لصحة التسجيل (١) ، ومهما يكن

== التقض ٦ رقم ٧٥ ص ٥٨١ - أول ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام التقض ٦ رقم ٢١٠ ص ١٥٢٦ - ١٤ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام التقض رقم ١٩ ص ١٥٣ .

(١) والفقهاء المصرى ، بعد صدور قانون الشهر العقارى ، منقسم ، ولكن الكثرة الغالبة تقر محكمة التقض فيما ذهبت إليه .

يرى الأستاذ أنور سلطان ( فقرة ١٨٣ ) وجوب حسن النية لصحة التسجيل ، فيكن لا اعتبار المشتري الثانى سببه النية أن يكون علاناً بالتصرف الأول ولا يشترط توافقه مع البائع ، ويستند فى ذلك إلى نص الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون الشهر .

ويرى الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ( فقرة ١٠٥ - ١٠٧ ) أن حسن النية لا يشترط لصحة التسجيل ، ولكن يشترط عدم التواطؤ ، فتواطؤ المشتري الثانى مع البائع يفسد التسجيل ويجعله غير نافذ فى المشتري الأول .

وسائر الفقهاء بعد ذلك يقرون محكمة التقض ، من الناحية العملية حل الأكل . فيذهب الأستاذ محمد حل إمام ( فقرة ١٧٧ ص ٢٩٨ - ص ٢٩٩ ) إلى أن التسجيل إذا أقضه التواطؤ من الناحية الثغورية ، فهو صحيح من الناحية العملية دوماً لفقرة التسجيل . وكذلك يذهب الأستاذ عبد المنعم البدراوى ( فقرة ٢١٨ - فقرة ٢١٩ ) إلى أن الاعتداد بالتواطؤ صحيح من الناحية النظرية ، وغير صحيح من الناحية العملية ، وحل أساس الناحية العملية يؤيد قضاء محكمة التقض . ويرى الأستاذ جميل الشرفاوى ( البيع ص ١٨٠ - رسالة البطلان فقرة ٥٤ وهامش ص ١٥٧ ) صحة التسجيل ولو مع التواطؤ ، باعتبار أن التسجيل عنصر فى إثبات الحق العقارى استلزامه القانون استلزاماً مطلقاً بحيث لا تحمل حله وسيلة أخرى لتكيد دلالة السند المثلث للحق العقارى المراد الاحتجاج بوجوده . ويرى الأستاذ منصور مصطفى منصور ( فقر ٧٢ ص ١٢٥ - ١٢٦ ) أن اشتراط حسن النية وإن كان يتفق مع هاية المادة ١٧ من قانون الشهر ، إلا أنه يتضخ من مذكرة هذا القانون ومن مناقشات اللجنة التى وضعت أن المشرع لم يشأ أن يفصل فى هذه المسألة ، وأن القول بأن التواطؤ يفسد التسجيل لا يتفق مع الإجماع الذى يسير نحوه المشرع المصرى من الأخذ بنظام التسجيل المبنى . ويخلص إلى القول بأن اتجاه محكمة التقض هو الذى سوف يستقر ، ويكن أن تكون محكمة التقض قد أخذت برأى فى مسألة حل نظر حتى تبرر معها المحاكم الأخرى ، وخصوصاً أن هذا هو الرأى الذى استقر قبل قانون الشهر العقارى . ويرى الأستاذ إسماعيل غانم ( مذكرات غير مطبوعة فى البيع ص ٩٣ - ص ٩٤ ) محكمة التقض على ما ذهبت إليه

ويقول الأستاذ سليمان مرقس ( عند الإيجار فقرة ١٢٢ ص ٢٥٥ هامش رقم ٣ - البيع والإيجار فقرة ٢١١ ص ٢٨٦ هامش ١ - وأنظر أيضاً الأستاذ محمد حل عونه فى أسباب كسب الملكية سنة ١٩٥٥ فقرة ١٩٤ ص ٣٥٥ ) إن شرط حسن النية المذكورة فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون الشهر منصور على دعاوى الطعن فى تصرفات مسطحة ، ==

من شفع للرأى الذى تصر عليه محكمة النقض من وجوب دعم نظام التسجيل تمهيداً لإدخال نظام السجل العقارى فى مصر ، فانه رأى تناقضه الاعتبارات العلمية ، ولا تنهض به الاعتبارات العملية .

أما الاعتبارات العلمية فترجع إلى نصوص قانون الشهر العقارى ذاته ، ثم إلى المبادئ العامة التى وكل هذا القانون الحكم فى المسألة إليها . فنصوص قانون الشهر العقارى قد انتزعت منه الحججة القوية التى كانت محكمة النقض تستند إليها فى قانون التسجيل ، عندما كان هذا القانون الأخير يشترط عدم التدليس فى العقود الكاشفة ويسكت عن هذا الشرط فى العقود المنثقة . فجاءت نصوص قانون الشهر خلوا من هذا التمييز ، فلم يعد من المستطاع أن يستخلص من هذه

== يترب عليها نسخ أو بطلان أو إلغاء التصرف بأثر رجعى من وقت حصول التصرف ، فجاء شرط حسن النية لحد من هذا الأثر الرجعى بالنسبة إلى الغير حسن النية ، فلا يرجع الأثر إلا إلى وقت تسجيل صحيفة الدعوى . وبذهب إلى أن المشرع بإضافته إلى هذه الدعاوى دعوى الاستحقاق ودعوى صحة التعاقد تزيد دون مبرر . فى دعوى الاستحقاق المرفوعة من المالك الحقيق ضد الحائز للعقار يكون الحكم للمالك بالاستحقاق نافذاً فى حق من اشترى من الحائز ، ولو كان هذا الأخير حسن النية وسجل سنده قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق . وفى دعوى صحة التعاقد المفروض أن تسجيل عقد المشتري الثانى قد نقل إليه ملكية المبيع وجرى البائع منها ، فصار وفاء هذا بالتزامه نحو المشتري الأول وفاء عينياً غير ممكن ، فيستع الحكم بصحة التعاقد ونفاذه ، ولا يبقى إلا الحكم بالتصويش .

وما يقوله الأستاذ سليمان مرتضى من أن شرط حسن النية جاء ليحد من الأثر الرجعى لبطلان التصرف أو نسخه هو قول صحيح . وما يقوله من أن شرط حسن النية فى دعوى الاستحقاق لا محل له ، أت من أنه تصور دعوى الاستحقاق فى صورتها المألوفة . ولكن الصورة التى يتصور فيها شرط حسن النية فى دعوى الاستحقاق هى عندما يكون الحائز وهو غير مالك يستطيع أن يملك الغير ، كما هى الحال فى المشتري بمقد صوري وفى الوارث الظاهر ( انظر آفأ فقرة ٢٦٣ فى الماشى ) . أما ما يقوله من أن شرط حسن النية لا محل له من الناحية العملية فى دعوى صحة التعاقد فتقول فى حاجة إلى الاستقصاء . ذلك أن المثل الذى أتى به يمكن أن يثير شرط حسن النية هل الوجه الآتى : يقيم المشتري الأول دعوى صحة التعاقد على البائع ، ويبدل فى الدعوى المشتري الثانى الذى سبق إلى تسجيل سنده قبل تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . فإذا احتج المشتري الثانى بسبقه إلى التسجيل حتى يحول دون الحكم بصحة التعاقد ، دفع المشتري الأول ببطلان التسجيل لتواطؤ المشتري الثانى مع البائع . فإذا استطاع إثبات التواطؤ ، وكانت المحكمة من رأيا أن التواطؤ يفسد التسجيل ، فلا مانع من الحكم للمشتري الأول بصحة التعاقد ، وتسجيل هذا الحكم ينقل إليه هو ملكية العقار .

النصوص عن طريق الدلالة العكسية ، كما استخلص قبل ذلك من نصوص قانون التسجيل ، أن التدليس لا يفسد التسجيل ، وقد سبق بيان ذلك . هذا إلى أن نصوص قانون الشهر لم تقتصر على انتزاع الحجة للرأى الذى ذهبت إليه محكمة النقض ، بل هى أيضاً قد جعلت مكانها حجة على هذا الرأى . فقد رأينا أن هذه النصوص تشترط فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ حسن النية للاحتجاج بالتسجيل السابق على تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . وإذا كانت محكمة النقض استطاعت أن تقرر أن مجرد العلم بالتصرف السابق لا يبنى حسن النية ، فمن البداهة أن المشتري الثانى الذى تواطأ مع البائع ، والذى سبق بفضل هذا التواطؤ إلى تسجيل سنده ، لا يمكن أن يوصف بأنه حسن النية مهما تأولنا لهذه العبارة من معان بعيدة عن الخاطر . فهو إذن سىء النية ، ومن ثم لا يستطيع أن يحتج على المشتري الأول الذى سجل دعوى صحة التعاقد بسبق تسجيله لسنده . ثم إن المبادئ العامة ، وقد وكل قانون الشهر إلى تطبيقها المحكم فى هذه المسألة ، تستصحب على التسليم بسلامة التسجيل فى عقد هو ثمرة للتدليس والتواطؤ ، فالتواطؤ بطبيعته يفسد أى تصرف .

والاعتبارات العملية هى أيضاً لا تهض بالرأى الذى تلمب إليه محكمة النقض . فنحن لا نزال فى نظام الشهر الشخصى ، ولم تنتقل بعد إلى نظام الشهر العيى . فمن المجازفة أن نستعير من نظام الشهر العيى أحد مقوماته الجوهرية ، وهو الحجية المطلقة لسند المسجل ولو طعن فيه بالتواطؤ ، لنظام شهر شخصى لا تزال الدقة فى تحرير صحة السندات المسجلة تموزه ، ولا يقوم على أمر التسجيل فيه قضاة نظاميون ، ولا يكفل تعريض من يضارب به ، كما هو الأمر فى نظام الشهر العيى . يشهد بذلك من خبروا نظام الشهر القائم فى تاحته العملية (١) .

(١) ويقول الدكتور محمد شوقى ، وكان الأمين العام لمصلحة الشهر العقارى ، فى هذا الصدد ما يأتى : « ونرى أنه يجب الأخذ بالمبادئ العامة فى شأن كافة المحررات على أحوال أن التدليس يفسد المحررات المسجلة كما يفسد أى محرر آخر ، تطبيقاً للبدأ القائل بأن التدليس يفسد أى محرر . . . ولا حيرة فى قول بأن قانون تنظيم الشهر العقارى قد أخذ بجميع إجراءات نظام السجل العيى ، وعلى هذا يجب أن يكون لإجراء التسجيل حجية مطلقة قبل الكتلة . إلا أن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩١٦ ليس إلا خطوة تمهيدية اتخذت فى سبيل الإصلاح التامى المرتقب ، والذى يجب فيه أن يسلك السجل العيى . وهذا السجل لا يدرج فيه محرر إلا بأمر من »

وبمخلص مما تقدم أنه يجب الوقوف عند الرأي الوسط ، وهو الرأي الذى يدم نظام التسجيل دون إغراق يعرض مصالح الناس للخطر . فلا يشترط لصحة التسجيل حسن النية ، حتى لا يترزع نظام التسجيل بادخال عناصر نفسية فيه تهدد استقراره . ولكن يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ ، فكل تصرف يكون ثمرة للتواطؤ لا يسرى تسجيله فى حق الغير ، وبذلك تحمى مصالح الناس من أن يعرضها للضياع التدليس والغش .

ونستطيع أن نوجه هذا الرأي ، من الناحية الفنية ، بأحد طريقين . الطريق الأول ، وهو الطريق المألوف ، يكون بالقول بأن الغش يقصد التصرف (fraus omnia corrumpit) ، فالعقد المسجل إذا كان ثمرة الغش والتواطؤ وجب أن يكون باطلا ، والتسجيل لا يصححه (١) . والطريق الثانى هو الطريق فى العقد المسجل بالدعوى البولصية . ونسأير فى هذا الطريق بحكمة النقض ، ولكن على أن يؤخذ بتطبيقات خاص للدعوى البولصية عندما يتركز حق الدائن فى عين مملوكة للمدين . وقد قلنا فى الجزء الثانى من الوسيط (٢) فى هذا الصدد ما يأتى : « وإذا فرض أن حق الدائن يتركز فى عين مملوكة للمدين ، كما إذا كان موهوداً يبيع عين أو كان دائناً فى وعد برهن أو كان دائناً مرتهناً ، ثم باع المدين العين الموهود يبيعها أو الموهود برهنها إلى شخص آخر إضراراً بحق الدائن ، أو باع العين المرهونة قبل أن يشهر الدائن الرهن بحيث لا يتمكن من تتبع العين أو بعد شهر الرهن ولكن الدائن لا يريد تتبع العين حتى لا يضطر إلى تحمل

---

القائم على هذا السجل ، وللقائم على أمر السجل يكون عادة قاضياً من القضاة النظامين . أما وهذا النظام الذى الحكم لم ينفذ بعد ، فلا موجب أن يقتبس منه . جزء لا يتفق ونظام التسجيل الشخصى موهوماً ، وعلى الأخص فى مصر حيث الملكية القارية ما زالت فى حاجة إلى كثير من العناية والدقة لتضييق على أساس سليم » ( النهر القارى ملأ وعمل ص ٣١٢ — ص ٣١٤ ) . (١) أو يقال إن المشتري الثانى المتراطم مع البائع قد أضر بالمشتري الأول ، فوجب عليه التعويض . وبغير تعويض هو التعويض القضى ، فلا ينفذ البيع المسجل فى حق المشتري الأول ، فيستطيع هذا أن يثبت ملكيته فى المقار المبيع . يتسجيل سنده .

ويلاحظ هنا أن المذهب ليس هو التسجيل ، بل هو التصرف الثانى ذاته الذى كان محل التسجيل . وسبب العيب هو الغش أو التواطؤ ، فالغش يقصد التصرف القانونى ، ولا يستطيع التسجيل أن يصحح هذا الفساد .

إجراءات التطهير ، ففي مثل هذه الأحوال يعتبر المدين في حالة إعسار بالمعنى المقصود في الدعوى البولصية ما دام الدائن لا يستطيع أن يصل إلى العين ذاتها التي تركز فيها حقه ، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تفي بتعويض الدائن بعد فوات العين . ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى البولصية في تصرف المدين في العين الموعود ببيعها أو برهنها أو تصرفه في العين المرهونة ، فيتمكن بذلك من رد العين إلى ملك المدين بالنسبة إلى حقه وينفذ بهذا الحق عليها (١) . وفي الحالة التي نحن بصددناها قد تركز حق المشتري الأول في العقار المبيع ، فيعتبر البائع في حالة إعسار بالمعنى المقصود في الدعوى البولصية ما دام المشتري الأول لا يستطيع أن يصل إلى العقار ذاته . ومن حق الدائن أن يطلب ، بدلا من التعويض ، بالتنفيذ العيني . فيطالب المشتري الأول إذن بالتنفيذ العيني وهو تملك العقار ، ويعتبر البائع في هذا الخصوص مصرأ حتى لو كانت عنده أموال كافية تفي بتعويض المشتري الأول عن فوات تملكه للعقار . ومن ثم يجوز للمشتري الأول الطعن في البيع المسجل بالدعوى البولصية ، فيجعله غير نافذ في حقه ، ويمكن بذلك من رد العقار إلى ملك البائع ، ويملكه بعد ذلك بتسجيل سنده (٢) .

---

(١) وجاء في الحاشية رقم ٤ من ص ١٠٣٠ من الجزء الثاني من الوسيط إشارة إلى بعض الفقهاء الذين يترون هذا الرأي وهم : لوران ٢٤ فقرة ١٦ — جروبيه فقرة ٢٦٢ وما بعدها — ريبير في القامعة الخلقية في الالتزامات فقرة ١٧٠ — فقرة ١٧١ — دوج ٧ فقرة ١٠٨٠ وما بعدها — بلانويول وريبير وروبان ٧ فقرة ٩٣٧ — فقرة ٩٣٨ — دي خلتس جزء أول في الدعوى البولصية Action paulienne فقرة ٤٨ .

(٢) وهذا ما قلناه في الجزء الثاني من الوسيط ، فقد عقينا على ما سبق أن أوردناه في هذا الصدد بما يأتي : ويترتب على ما تقدم أنه إذا باع شخص عقارا ولم يسجل المشتري ، ثم باعه ثانية من مشتري آخر ، ويأدر المشتري الثاني إلى التسجيل متولفا مع البائع على الإصرار بالمشتري الأول ، أمكن لهذا الأخير أن يطعن في البيع الثاني بالدعوى البولصية ، إذ أن حقه قد تركز في العقار المبيع ( الوسيط ص ١٠٣٠ حاشية رقم ٤ ) .

ويقرب من هذا ما قضت به محكمة استئناف مصر في صدد تفصيل بيع غير مسجل على وقت إنشاء البائع بعد ذلك في العقار للمبيع إصراراً بالمشتري . فقد قضت هذه المحكمة بأن عدم تسجيل عقد البيع لا يبطله ولا يعدم أثره ، بل يظل العقد قائماً نافذاً ويلتزم الطرفان بجميع الالتزامات القانونية ما عدا عمل الملكية الذي يترتب على ما يند وتوقع التسجيل . والمشتري بالنقد غير المسجل إنما هو دائن بالتزامات شخصية تركز على تين المبيعة ، ويصح له إذن أن يستع إلى

## المبحث الثاني

### تسليم المبيع

٢٩١ - تسليم المبيع والحفاظه عليه متى التسليم فرع عن التزام

البائع بنقل ملكية المبيع : إذا كان البائع ملتزماً بتسليم المبيع إلى المشتري ، فإن هذا الالتزام فرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع . ويتفرع أيضاً عن الالتزام بنقل الملكية التزام البائع بالحفاظه على المبيع إلى أن يسلمه إلى المشتري . ذلك أن المادة ٢٠٦ مدني تنص على أن « الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والحفاظه عليه حتى التسليم » .

فيتفرع إذن عن التزام البائع بنقل الملكية التزامان ، التزام بالحفاظه على المبيع والتزام بتسليمه إلى المشتري . وإذا اتفق الالتزامان في أن كلا منهما فرع عن التزام أصلي ، فإنهما يختلفان في أن الالتزام بالحفاظه على المبيع التزام ببذل عناية (obligation de moyen) ، أما الالتزام بتسليم المبيع فهو التزام بتحقيق غاية (obligation de résultat) (١) . وسنرى أنه يترتب على أن الالتزام بتسليم المبيع هو التزام متفرع عن التزام بنقل الملكية أن المبيع قبل تسليمه

---

== نص المادة ٥٣ مدني ويطلب بطلان الوقت الذي أنشأه البائع لإضراره به ، لأن التصرف بمنع المشتري من تنفيذ الالتزامات التي تعهد بها البائع يمتنع عنه البيع من تسجيل الإجراءات الموصلة إلى نقل ملكية العين وتسليمها له ومنع تعرضه فيها . ولا محل لقول بالتفاضل بين منه البيع غير المسجل وحجة الوقت المسجلة ، لأن المقام ليس مقام ترجيح عقد على آخر ، والمشتري بالمقد غير المسجل لا يطالب بحق منو مثل تثبيت الملكية أو خلاصه ، بل يدفع دعوى الوقت بالقول ببطلانه ، لوقوعه إضراراً بحقوقه بصفته دائناً بالتزامات تترتب على العين الموقوفة ( استئناف مصر ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المهرجة الرسمية ٢٧ رقم ٤٠ ) .

(١) أما الالتزام بالتسليم في القانون الفرنسي — وفي القانون اللبناني تبعاً له — فليس التزاماً بتحقيق غاية ، بل هو التزام ببذل عناية يخلط بالالتزام بالحفاظه على المبيع . فإذا ملك الشيء أو تلف بسبب أجنبي قبل التسليم ، فحجز البائع من تسليمه دون أن يكون ذلك خطأ منه ، برئت ذمته من الالتزام بالتسليم ، وجاز له أن يطالب المشتري بالتمن : فيكون المشتري هو الذي يتحمل تبعه الخلل ، وسنعود إلى ذلك فيما يلي .



يهلك على البائع ، ومن هنا يجيء أن تبة الملاك تدور مع التسليم لامع من الملكية في القانون المصرى .

أما التزام البائع بالمحافظة على المبيع حتى التسليم ، فهو التزام ببذل عناية كما قلنا . ومن ثم يكون التزاماً بعمل ، وتمررى عليه المادة ٢١١ مدنى وهى تنص على أنه « فى الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء . . فان المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود » . فإذا بذل البائع فى المحافظة على المبيع إلى وقت تسليمه للمشتري عناية الشخص العادى ، دون أن ينزل عن ذلك حتى لو كان هو نفسه فى عنيته بماله أقل حرصاً من الشخص العادى ، ودون أن يرتفع عن ذلك حتى لو كان هو نفسه فى عنيته بماله أكثر حرصاً من الشخص العادى ، فانه يكون قد وفى بالتزامه . فإذا هلك المبيع أو أصابه تلف بالرغم من أن البائع قد بذل فى المحافظة عليه العناية الواجبة على التحو السالف الذكر ، لم يكن البائع مسؤولاً بموجب التزامه بالمحافظة على المبيع ، وإن كان يتحمل تبة الملاك أو التلف بموجب التزامه بالتسليم كما سنرى . وإذا لم يبذل البائع فى المحافظة على المبيع هذا القدر من العناية كان مقصراً ، فإذا هلك المبيع أو تلف من جراء هذا التقصير كان ذلك بخطأه . وكان مسؤولاً ، بموجب التزامه بالمحافظة على المبيع ، عن الضرر الذى أحدثه للمشتري وفقاً للقواعد العامة المقررة فى المسؤولية التعاقدية ، ولا يقتصر الأمر على تحمله تبة الملاك بموجب التزامه بالتسليم . ولا مسؤولية عليه بطبيعة الحال لو أن الملاك أو التلف كان خطأ المشتري ، وتنقضى مسؤوليته فى هذه الحالة على أساس الالتزامين مما التزامه بالمحافظة على المبيع والتزامه بتسليمه ، ويكون المشتري ملزماً بتسليم المبيع على حالته مع دفع ثمنه كاملاً للبائع (١) .

(١) وقد أورد تقنين الموجبات والمقود الجنائى هذه الأحكام فى المادتين ١١٥ و ١١٦ منه . نصت المادة ١١٥ على أنه « إذا هلك الشيء المدين الذى انقضى عليه البيع ، أو أصيب بهيب قبل التسليم ، بسبب فعل أو خطأ ارتكبه البائع ، حتى المشتري أن يطلب تبة ذلك الشيء أو موفى مقابلاً لمسا نقص من قيمته ، على الشروط التى يقتضها ما يحق له أن يدعى أى شخص آخر . وإذا كان المبيع من اللطبات ، فعل البائع أن يسلم ما يملكه صفة ومقداراً مع

يبقى التزام البائع بتسليم المبيع ، وهو التزام منفرع عن الالتزام بنقل الملكية في الوقت ذاته التزام بتحقيق غاية كما قلنا . فتحتفظ له بهذه السمة (١) ، ونتناول بحثه تفصيلاً ، لنحدد المحل الذي يقع عليه التسليم ، ولنرى كيف يتم التسليم . ولنعين الجزاء الذي يترتب على إخلال البائع بالتزام التسليم ويدخل في ذلك تبعة هلال المبيع أو تلفه قبل التسليم (٢) .

## المطلب الأول

### عمل التسليم

٢٩٢ - تسليم المبيع بمكانه ومقداره وملحقاته : عمل التسليم هو المبيع المتفق عليه في عقد البيع . ويلتزم البائع بتسليمه إلى المشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع ، وبالمقدار الذي عين له في العقد، وبالملحقات التي تبعية . فلستعرض هذه المسائل الثلاث : حالة المبيع ومقداره وملحقاته .

== الاحتفاظ بحق المشتري في طلب زيادة بدل الحبل والنمر عند الاقتضاه . =  
المادة ٢٩٦ : عمل أنه إذا ملك المبيع أو ناله يجب قبل التسليم بفعل أو خطأ من المشتري ، كان ملزماً باستلامه حال حاله ، ويضع ثمنه كاملاً . وهذا من الحصان ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيؤخذ بما ورد فيها من الأحكام دون حاجة إلى نص .

(١) وسرى أن لتفرع الالتزام بالتسليم من الالتزام بنقل الملكية أهمية كبيرة ، فإن الالتزام بالتسليم يكون مكملاً للالتزام بنقل الملكية ، ولا يعتبر تنفيذ الالتزام الثاني كاملاً إلا إذا تم تنفيذ الالتزام الأول . وإذا كان التسليم في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم بلغ من الأهمية أن كان هو الذي ينتقل الملكية ، فإنه لا تزال له أهمية حتى اليوم ، فهو إذا كان لا ينتقل الملكية فإنه يشكل نقلها من ناحية تحمل تبعة الهلاك على الأقل كما سرى .

(٢) وترواه التسليم في البيع هي التي تسرى في مجموعها على كل التزام بالتسليم ، سواء كان التزاماً منفرعاً من الالتزام بنقل الملكية كما في المناقصة والهبة والشركة والقرض والمبيع ، أو كان التزاماً مستقلاً كما في الإيجار والعارية . وقد نصت المادة ٥٦٦ مدني في عقد الإيجار صراحة على أنه « يسرى على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسرى على الالتزام بتسليم العين المبيعة من أحكام وعمل الأغص ما يتعلق منها بزمان التسليم وسكانه وتحديد مقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها »

## ١٥ - حالة المبيع

٢٩٣ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع » (١) .  
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٩٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٠ - ولا مقابل للنص في التقنين المدني العراقي - ويقابل في تقنين المرجبات والعقود اللبناني المادة ٤١٤ (٢) .

وغنى عن البيان أن الالتزام بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع ليس من النظام العام ، فيجوز للمتبايعين أن يتفقا على تسليم المبيع في حالة جيدة

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧١ من المشروع المهيمن على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤٤ من المشروع الثاني . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣١ ( مجموعة الأعمال التفسيرية ) ص ٥٢ - ص ٥٣ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٩٩ ( مطابقة لمادة ٤٣١ من التقنين المدني المصري - انظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا .قرة ٩٥ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٠ ( مطابقة لمادة ٤٣١ من التقنين المدني المصري ) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل لنص التقنين المدني المصري ، ولكن حملنا النص ليس إلا تطبيقاً لقواعد عامة فيمكن الأخذ به في القانون العراقي : انظر الأستاذ حسن الذنون ققرة ١٦٦ - ققرة ١٦٧ - الأستاذ عباس حسن البهراي ققرة ٢٩٣ - ققرة ٢٩٥ .

تقنين المرجبات والعقود اللبناني م ٤١٤ : يجب تسليم المبيع بحالته التي كان عليها وقت البيع ، ولا يجوز البائع بعد ذلك أن يغير حالته . ( وهذا مطابق للحكم الواردة في نص التقنين المدني المصري ) .

أو في حالة مطابقة للعينة أو غير ذلك (١) مما يتفقان عليه بموجب شرط خاص ومن ثم وجب أن نبين كيف تتمتع حالة المبيع وقت البيع ، وما الحكم إذا تغيرت هذه الحالة عند التسليم ، وما الذي يترتب على وجود اتفلق خاص بين المتبايعين بعين الحالة التي يكون عليها التسليم .

**٢٩٤ - كيف تتمتع حالة المبيع وقت البيع :** قلنا أن المبيع يجب أن يكون معينا معينا كافيا ، وهذا التعيين الكافي يتطوى دون شك على وصف لحالة المبيع وقت البيع . والفروض - كما نقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٢) - أن المشتري قد رأى المبيع أو علم به هلكا كافيا . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص ، هو المادة ٥٧٣ . من هذا المشروع ، يقضى بأن « يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء » . وقد حلفت لجنة المراجعة هذا النص لأن أحكامه مستفادة من القواعد العامة ، (٣) . فالبايع إذن يلتزم بزويد المشتري بالبيانات اللازمة للكشف عن حالة الشيء وقت البيع ، كأن يعين له حدود العين المبيعة وماعليها من حقوق وتكاليف ، ومشتملات العين ، ودوجة وجودها ، ونحو ذلك من الأمور التي يكون من شأنها تعيين حالة المبيع . وهذه هي الحالة التي يلتزم البائع أن يسلم بها المبيع إلى المشتري (٤) ، ما لم يوجد إتفاق

---

(١) مثل ذلك أن يكون المبيع عقارا مرهونا وقت البيع ، فيضف المتبايعان كل أن يسلم البائع المشتري العقار عماليا من الرهن بعد شطبه ( بلانول وريبير ومامل ١٠ ص ٨٦ هامش ٤ ) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٢ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٥ هامش رقم ١ .

(٤) فإذا كان المبيع أرضا داخلة في مشروع تقسيم (plan de lotissement) ، وجب تسليمها في الحالة التي هي عليها في مشروع التقسيم بما يشتمل عليه من شوارع وميادين ، ولكن ليس من الضروري إنشاء هذه الشوارع والميادين في صورة نهائية ما دامت قد شقت وأصبحت مهيأة للاستعمال العام ( استئناف مخطط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٠ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٢٩ - ١٨ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٤٣ - ٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠٩ ) . وليس البائع في هذه الحالة ملزما بإنشاء الشوارع والميادين ، ولكن يجب أن يترك المسافات اللازمة لها ( استئناف مخطط ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٨ ص ١٩٥ ) ، وأن يسلم المشتري ينضج بها ( استئناف مخطط ٧ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٤٦ =

خاص على غير ذلك (١) .

وإذا كان المبيع من المثليات التي لم تعين إلا بالنوع ، لم يكن من المستطاع تعيين حالة المبيع وقت البيع ، لأنه غير معين بالذات في هذا الوقت . وقد تكفلت الفقرة الثانية من المادة ١٣٣ مدني ببيان الحكم في هذا الفرض ، فنصت على ما يأتي : « ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث وجوده ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، ألزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط » . فالحالة التي يجب تسليم المبيع عليها في هذا الفرض يعينها الاتفاق الخاص إن وجد ، فإذا لم يوجد اتفاق خاص عنها العرف أو أية ظروف أخرى ملازمة . فإذا لم توجد هذه ولا ذلك ، وجب تسليم المبيع من صنف متوسط ، لا من صنف جيد حتى لا يقين البائع ، ولا من صنف رديء حتى لا يقين المشتري (٢) .

( = ص ٣٢١ ) ، والمشتري صفة في طلب هدم المباني التي تقام في الشوارع المصمة ( استئناف مخطط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٤ ) . أما إذا وقف البائع بقية الأرض المصمة ولم يتم بشق الشوارع والمباني ، جاز للمشتري نسخ البيع ( استئناف مخطط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨١ - ٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠٧ ) .

وإذا كانت الأرض المجاورة ليس لها ممر يصلها بالطريق العام ، سلمها البائع للمشتري على هذه الحالة ، ولا يكون ملتزماً بإيجاد ممر لها إلى الطريق العام إلا بشرط عاص ( استئناف مخطط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠١ ) .

(١) أو عرف متبع ، وذلك كالحالة التي يسلم بها البائع القطن المبيع ، ليرجع إلى العرف في تحديد هذه الحالة وفي تعيين مرتبة القطن بحسب المتعارف في بورصة مينا البصل ( استئناف مخطط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١١٧ ) .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٣ - بودوي وسينيا فقرة ٣١٢ .

وإذا كانت حالة المبيع غير الحالة الواجبة ، كان حل المشتري وقت تسل البضاعة أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة حماية البضاعة أو تعيين غير لمباينها ، وكذلك يجوز للبائع ، إذا ادعى أن الحالة هي الحالة الواجبة ، أن يطلب هذه الحماية ( استئناف مخطط ٣ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٣٩ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩١٩ م ٢٩ ص ٢٥٠ ) . أما إذا قبل المشتري المبيع واستسلم مدة طويلة ، فليس له بعد ذلك أن يشكو أن فيه عيباً أو أنه ليس على الحالة الواجبة ( استئناف مخطط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥١ - ٢٦ يناير سنة ١٩١٩ م ٢١ ص ١٧٩ ) .

( م ٣٦ - الوسيط ج ٩ )

**٢٩٥ - تغير حالة المبيع :** والتزام البائع بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع معناه أنه لا يجوز له أن يغير من هذه الحالة ، بل يجب عليه أن يحافظ عليها حتى يسلم بها المبيع إلى المشتري .

والمفروض بقاء الشيء على أصله ، فالحالة التي يكون عليها المبيع وقت التسليم يفترض أن تكون هي نفس الحالة التي كان عليها وقت البيع . فإذا تسلم المشتري المبيع دون أن يعترض ، وسكت مدة كافية يفترض فيها أنه عاين الشيء فارتضاءه ، فليس له بعد ذلك أن يحتج بأن المبيع لم يكن في الحالة التي كان عليها وقت البيع ، إذ أن سكوتيه هذه المدة يدل إما على أن المبيع وقت التسليم كان في نفس حالته وقت البيع ، وإما على أن هناك فرقاً بين الحالتين ولكن هذا الفرق قد تسامح فيه ونزل عن حقه في التمسك به (١) .

أما إذا اعترض المشتري عند تسلمه المبيع ، أو عند معاينته له واختباره إياه بعد التسلم ، بأن المبيع قد تغيرت حالته عما كانت عليه وقت البيع ، فعلى البائع عبء إثبات أن المبيع لم يتغير حالته عما كان عليه وقت البيع ، لأنه هو المدين بالتزام التسليم وهو الذي يقوم بتنفيذه ، وعلى المدين إثبات براءته من الالتزام (٢) .

---

(١) استئناف مخطط ٢١ نولبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٤ - ٢٦ يناير سنة ١٩١٩ م ٢١ ص ١٧٩ (وما الحكماء المشار إليهما في الحاشية السابقة) . هذا وقد قضت المادة ٩٩ من القانون التجاري ، في العلاقة بين صاحب الأشياء المنقولة وأمين النقل ، بأن « استلام الأشياء المنقولة ودفع أجرة النقل بطلان لكل دعوى على أمين النقل وعلى الوكيل في ذلك بالعمولة ، إذا كان التمسك الذي حصل فيها ظاهراً من خارجها . وأما إذا كان غير ظاهر ، فيجوز لإثباته بمعرفة محضر أو شيخ البلد . ولكن لا تقبل الدعوى بالعبء المحكوك في ظرف ثلاثين يوماً ، ويضاف إلى ثمان وأربعين ساعة من وقت الاستلام ، وقدم الطلب المحكوك في ظرف ثلاثين يوماً ، ويضاف إلى هاتين الميعادتين مهلة مسافة الطريق » . ونفى عن البيان أن هذه الإجراءات والمواعيد القصيرة لا تنطبق إلا في العلاقة ما بين صاحب الأشياء المنقولة وأمين النقل ، ولا محل لتطبيقها في العلاقة ما بين البائع والمشتري ، فلم سكت المشتري مدة أطول من المدة المنصوص عليها في المادة ٩٩ تجارية لا يستطع حقه بمجرد حصول السكوت ، إلا إذا تبين من الظروف أنه قصد النزول عن حقه ( انظر بودي وسبينا فقرة ٢١٢ مكررة ثانياً ورشيران إلى المادة ١٠٥ تجارية فرقى ) .

(٢) بودي وسبينا فقرة ٢١٢ مكررة رابحاً - دى باج ٤ فقرة ٩٩ - الأستاذ عبد المنعم البدرامى فقرة ٢٥٢ - الأستاذ جيل الشترقوى فقرة ٦٠ ص ١٩٧ - ص ١٩٨ .

فان ثبت تغير في حالة المبيع وكان هذا التغير ضاراً بالمشتري ، كان البائع مسؤولاً عن ذلك ، سواء كان التغير بخطئه أو بفعله أو بفعل الغير ، ويرجع البائع على الغير إذا كان هناك وجه للرجوع . ذلك أن البائع ملتزم بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع ، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية كما قدمنا ، وقد ثبت أن المبيع قد تغيرت حالته تغيراً ضاراً بالمشتري . فعلى البائع تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً إن أمكن ، بأن يعيد المبيع إلى الحالة التي كان عليها وقت البيع إذا كان هذا مستطاعاً ، وإلا كان للمشتري الحق في الرجوع عليه بالتعويض ، بل له أن يطالب بفسخ البيع والتعويض معاً إذا كان هناك وجه لذلك كما سترى . وغنى عن البيان أنه إذا كان التغير بخطأ المشتري أو بفعله ، فعليه هو مغبة ذلك ، وليس له الرجوع بشيء على البائع .

وإذا كان التغير الضار بالمشتري قد وقع بقوة قاهرة أو بحادث فجائي ، لم يزل البائع هو المسؤول عنه على النحو الذي قدمناه ، لأن التزامه بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع هو التزام بتحقيق غاية كما سبق القول ، ويعتبر خلافاً لهذا الالتزام إذا لم يسلمه بهذه الحالة ولو حال دون ذلك سبب أجنبي (١) . ويضرب على ذلك أن المبيع إذا هلك هلاكاً كلياً أو هلاكاً جزئياً

== وإذا كان المبيع عيناً معينة بالذات ، فإذا كانت قد وصفت حالها في عقد البيع ، وادعى المشتري أنها عند التسليم لا تطابق هذه الحالة ، فعلى البائع أن يثبت مطابقة المبيع لحالة الموصوفة في عقد البيع ، لأنه هو المدين بتسليم المبيع في هذه الحالة التي كان عليها وقت البيع ، فعليه حبه إثبات أنه وفى لالتزامه على هذا النحو كما سبق القول . وإن كان المبيع لم توصف حالته في عقد البيع ، فالمرور بقاء الشيء على أصله ، وأن المبيع لم يتغير حالته عند التسليم مما كان عليه وقت البيع ، وإذا ادعى المشتري غير ذلك فعليه حبه الإثبات . وقد قلنا أن لكل من المشتري والبائع أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة معاية المبيع أو تعين حبر لمعاينته (انظر آنفاً فقرة ٢٩٤ في الخامس) ، وهذا مما ييسر الإثبات على كل منهما .

(١) ويجب التمييز بين رجوع المشتري على البائع بالتنفيذ العيني أو التعويض أو الفسخ لعدم مطابقة حالة المبيع للحالة التي كان عليها وقت البيع ، وبين رجوع المشتري على البائع بالعيوب الخفية في المبيع . فعدم المطابقة يفترض أن حالة المبيع تختلف وقت التسليم عنها وقت البيع ، أما العيب الخفي فيفترض أن المبيع بحالته وقت البيع إلا أن فيه عيباً عافياً لم يكن للمشتري يعرفه . ودعوى الفسخ للعيب الخفي تسقط بسنة من تاريخ تسليم المبيع ، أما دعوى الفسخ لعدم المطابقة فلا تسقط إلا بخمسة عشرة سنة .

قبل التسليم ، كانت تبة الهلاك أو التلف على البائع كما منرى .

وقد تنفر حالة المبيع وقت التسليم إلى حالة أفضل عما كانت عليه وقت البيع . فان كان هذا التغير بسبب أجنبي ، كأن التحق طمى بأرض زراعية فزادت ، فان الزيادة تكون من نصيب المشتري لا يدفع في مقابلها شيئاً للبائع ، إذ أن للمشتري نماء المبيع من وقت البيع كما أن له ثمراته . وإن كان التغير بفعل البائع ، كأن أدخل على المبيع تحسينات أو أقام فيه بناء ، اعتبر أنه قد فعل ذلك في ملك الغير وهو عالم بذلك ، وبهذا قضت محكمة النقض (١) كما سبق القول . فان كان البائع قد أنفق على المبيع مصروفات نافعة أو أقام بناء ، جاز للمشتري أن يطلب من البائع الإزالة على نفقته مع التعويض إن كان له وجه ، أو أن يطلب استبقاء التحسينات أو البناء مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد في ثمن المبيع بسبب هذه الأعمال . ويجوز للبائع أن يطلب نزع ما استحدثه إن كان ذلك لا يلحق بالمبيع ضرراً ، إلا إذا اختار المشتري أن يستبقيه طبقاً للأحكام المتقدمة (٢) . وإذا كانت التحسينات كمالية ، فليس للبائع أن يطالب بتعويض عنها ، ولكن له أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد المبيع إلى حالته الأصلية وقت البيع ، ما لم يختار المشتري أن يستبقيه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة (٣) . أما إذا كان البائع قد أنفق على المبيع مصروفات ضرورية لحفظه من الهلاك أو من التلف ، فانه لا يرجع بشيء مما أنفقه على المشتري ، فقد قلدنا أن تبة الهلاك أو التلف على البائع .

== ويجب التمييز كذلك بين دعوى عدم المطابقة هذه ودعوى النقص في المبيع ، إذ النقص يفترض أن إرادة المشتري معينة فهو حالة نفسية ، أمام عدم المطابقة فهو حالة مادية . والنقص جزاؤه دعوى إبطال وتسقط بثلاث سنوات ، أما عدم المطابقة فالدعوى فيه لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة كما تقدمنا . وكالمنط عدم العلم الكافي بالمبيع أو خيار الرؤية ( انظر الأستاذ عبيد المنعم البدرأوى فقرة ٢٥٣ ويشير إلى تعليقات الأستاذ هيمار في المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٤٨ ص ١٥٧ وص ٢٦٠ ) .

- (١) نقض مدع: ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة محر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ - ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة محر ٤ رقم ٢٢٨ ص ٦٠١ .
- (٢) انظر في كل ذلك المادتين ٩٢٤ و ٩٨٠ مدنى .
- (٣) انظر المادة ٣/٩٨٠ مدنى .



وغنى عن البيان أن البائع إذا كان يلتزم بتسليم المبيع بالحالة التي هو عليها وقت البيع ، فمن باب أولى يلتزم بتسليم نفس المبيع لا بشيء آخر ولو كان خيراً منه ، وبكل المبيع لا بجزء منه لأن الوفاء الجزئى لا يجوز إذا لم يرض به الدائن ، فإذا كان المبيع من الثليات وجب تسليمه كله دفعة واحدة لا جزءاً فجزءاً (١).

### ٢٩٦ - وجود اتفاق خاص على حالة المبيع : وقد قلنا أن التزام

البائع بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع على النحو الذي بسطناه إنما يقوم إذا لم يكن هناك اتفاق خاص بين المتبايعين . فإذا كان هناك هذا الاتفاق الخاص ، فانه هو الذى يسرى . والمشتري هو المكلف بإثبات وجود الاتفاق ، فإذا أثبت وجب على البائع أن يثبت أن المبيع وقت أن سلمه كان فعلاً في الحالة المتفق عليها (٢) .

وقد يتفق المتبايعان على أن يسلم البائع المبيع في حالة جيدة . فيجب عندئذ أن يقوم البائع بهذا الالتزام فيسلم المبيع في حالة جيدة ، ولو كانت حالته وقت البيع لم تكن جيدة بعلم المشتري ، بل كانت متوسطة أو رديئة ، ويكون على البائع إذن أن يحسن حالة المبيع حتى تتقلب إلى حالة جيدة وقت التسليم . فإذا لم يفعل ، وكانت الحالة التي عليها المبيع فعلاً تفوت على المشتري غرضه من الشراء ، كان للمشتري مطالبة البائع بالتفصيل المبنى ، كما أن له أن يطالب بفسخ البيع مع التعويض إن كان له مقتضى . أما إذا كانت حالة المبيع لا تفوت على المشتري غرضه ، فإن البيع لا يفسخ ، بل يكون للمشتري المطالبة بالتعويض إن كان قد أصابه ضرر (٣) .

وقد يتفق المتبايعان على أن تكون حالة المبيع وقت التسليم مطابقة لعينة متفق عليها ، وعندئذ يجب أن يكون المبيع وقت التسليم مطابقاً لهذه العينة ، على النحو الذى بسطناه عند الكلام في البيع بالعينة (٤) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٢١١ ص ٢١٢ وقررة ٢٢٥ .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٢١٢ مكررة ؛ رابعا .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٢١٢ مكررة لولا

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٢٥ - وانظر المادة ٤٢٠ مدو

## ٥ ٢ - مقدار المبيع

٢٩٧ - **النصوص القانونية:** تنص المادة ٤٣٣ من القانون المدني

على ما يأتي :

« ١ - إذا عين في العقد مقدار المبيع ، كان البائع مسئولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك . على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع ، إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان يعلمه لما أتم العقد » .

« ٢ - أما إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وجب على المشتري ، إذا كان المبيع غير قابل للتعبير ، أن يكمل الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد ، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه » .

وتنص المادة ٤٣٤ على ما يأتي :

« إذا وجد في المبيع عجز أو زيادة ، فإن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد ، وحق البائع في طلب تكملة الثمن ، يستقط كل منهما بالتقدم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليماً فعلياً (١) » .

---

(١) تاريخ النصوص : م ٤٣٣ : ورد هذا النص في المادة ٥٧٤ من المشروع النهائي

على الوجه الآتي : « ١ - إذا ضمن البائع للمشتري أن المبيع يشتمل على قدر معين ، كان مسئولاً عن هذا القدر حسب ما يقضى به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك . على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع ، إلا إذا كان هذا النقص من الجسامة بحيث يصبح تنفيذ العقد عديم الجدوى بالنسبة للمشتري . « ٢ - أما إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد ، وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وجب على المشتري أن يكمل الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد » . وقد أقرت لجنة المراجعة النص مع تعديلات لفظية طفيفة ، وأصبحت المادة رقمها ٤٣٤ في المشروع النهائي - وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب استبدلت عبارة « إذا عين في العقد مقدار المبيع ، كان البائع مسئولاً » بعبارة « إذا ضمن البائع للمشتري أن المبيع يشتمل على قدر معين ، كان مسئولاً » في صدر الفقرة الأولى . « ١ - مجلس النواب حل هذا التعديل . وفي لجنة الشيوخ اعترض على عبارة « عديم الجدوى » الواردة في الفقرة الأولى ، إذ ما من عقد إلا وله جدوى . وراأت اللجنة أن تستبدل في الفقرة الأولى بعبارة =»

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٣٦٣/٢٩٠ -

٣٧٠/٢٩٦ (١) .

== إلا إذا كان هذا النقص من الجسامة بحيث يصبح تنفيذ العقد عديم الجدوى بالنسبة للمشتري عبارة == إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان يملئه لما أتم العقد . وذكر في تقرير اللجنة أنه « قد جعل أساس الفسخ عدم إتمام الماقد للعقد لو أنه كان يمل بوجوه النقص ، أعداً بالمليار العام الذي وضع في شأن الفسخ . وأضافت اللجنة إلى الفقرة الثانية عبارة « إذا كان المبيع غير قابل لتبقيس » لزيادة الإيضاح . فأصبح النص بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقم ٤٣٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدته لجنة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٩ وص ٦١ - ٦٣ ) .

م ٤٣٤ : ورد هذا النص في المادة ٥٧٥ من المشروع انتهى مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤٧ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٤ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٤ - ص ٦٦ ) . (١) التقنين المدني السابق م ٣٦٣/٢٩٠ : على البائع أن يسلم المبيع بمقداره أو وزنه أو مناسه

المبين له في عقد البيع .

م ٣٦٤/٢٩١ - ٣٦٥ : الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض إذا بيعت بجملة وتعين بمقدارها مع تعيين اثنين باعتبار أحادهما ، ووجد مقدارها الحقيقي أقل من المقدور في العقد ، فليشترى الخيار بين فسخ البيع وبين إبقائه مع تنقيص اثنين تنقيصاً نسبياً . وإذا زاد الموجود من المقدار المعين ، فالزيادة للبائع .

م ٣٦٦/٢٩٢ : إذا كان المبيع من الأشياء التي تقاس أو تكال أو توزن ولا يمكن انقسامه بغير ضرر ، وكان قد تبين في عقد البيع مقدار المبيع وتضمنه باعتبار أحاده ، فنق سالة ووجد نقص أو زيادة في المقدار المعين ، يكون المشتري الخيار بين فسخ البيع وبين أخذ الموجود بالكامل مع دفع ثمنه بالنسبة لبقدره الحقيقي . أما إذا كان الثمن تبين بجملة ، فليشترى الخيار بين فسخ البيع وبين أخذ المبيع بالثمن المطلق عليه .

م ٣٦٧/٢٩٣ : لا يجوز للمشتري فسخ البيع في الأحوال المذكورة في المادة السابقة إلا إذا كان القسط زائداً على نصف عشر الثمن المعين .

م ٣٦٨/٢٩٤ : إذا كان هناك وجه لفسخ البيع ، فعلى البائع رد الثمن الذي قبضه مع رسوم العقد والمصاريف التي صرفها المشتري بموافقة القانون .

م ٣٦٩/٢٩٥ : وضع المشتري يده على المبيع مع طله بالفصل الواقع فيه يسقط حقه في اختيار فسخ البيع ، إلا إذا حفظ حقوقه قبل وضع يده حفظاً صريحاً .

م ٣٧٠/٢٩٦ : حق المشتري في فسخ البيع أو في تنقيص الثمن ، كذلك حق البائع في طلب تكامل الثمن ، يسقطان بالمكوث عليهما سنة واحدة من تاريخ العقد . ( ملاحظة : كان هناك شك فيما إذا كانت هذه المدة مدة سقوط أو مدة تقادم ، فقسم التقنين الجديد الخلاف بالنص صراحة بهل أن المدة مدة تقادم ) .

## وتقابل في التفتينات للمدينة العربية الأخرى : في التفتين المنفى السورى

وقد ورد في المأثرة الإباضية المشروعة التبعي في شأن نصوص التفتين المنفى السابق ما يأتي :

« يصل بجملة المبيع أن يكون البائع قد ضمن المشتري قدر ما معناه ، كما إذا كان المبيع قطعة أرض وبعت على أنها كذا متراً أو كذا فدانا ، إذا كان المبيع بوجه عام شيئاً ما يحد أو يوزن أو يقاس أو يكال . وقد تضمن التفتين الحالي ( السابق ) نصوصاً كثيرة في هذا الموضوع .. وهي نصوص مأخوذة من الشريعة الإسلامية ( مرشد الميراث م ٤٤٨ - ٤٥٣ - المجلد م ٢٢١ - ٢٢٩ ) وتميز في الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض بين ما لا يضره التبعيض وما يضره . في الحالة الأولى ، إذا تعين مقدار المبيع مع تعيين الثمن بصر الوحدة ، فالزيادة للبائع ، لأن المبيع لا يضره التبعيض ولم تدخل فيه الزيادة . وإذا نقص المبيع ، فالمشتري أن يفسخ البيع أو يقيه مع انقضاء الثمن ، ولا يجوز الفسخ إلا إذا كان النقص أكثر من واحد على عشرين . ولم تعرض النصوص لحالة ما إذا تعين الثمن بجملة واحدة ، ولكن الظاهر أن هذه الأحكام نفسها هي التي تطبق . أما إذا كان المبيع يضره التبعيض ، وتعين ثمنه بصر الوحدة ، فإن زاد أو نقص ، كان المشتري بالخيار بين الفسخ ( إذا كانت الزيادة أو النقص أكثر من واحد على عشرين ) أو إبقاء البيع مع دفع الثمن بنسبة القدر الحقيقي ، لأن تميز المبيع في هذا الفرض لا يجوز إذ التبعيض يضر . فإذا تعين الثمن بجملة واحدة ، وزاد المبيع أو نقص ، فالمشتري الخيار بين الفسخ إذا كان النقص أكثر من واحد على عشرين ، أو إبقاء المبيع بالثمن المتفق عليه ، ولا يزيد الثمن أو ينقص هنا . ويعلمون ذلك بأن المبيع لا يقبل التبعيض وقد بيع بثمن سمي بجملة واحدة ، فبين مقدار المبيع في مثل هذه الظروف يكون حل سبيل الوصف ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن . وإنما أصل المشتري حل الفسخ في صورة النقص ولم يخط البائع هذا الحق في صورة الزيادة ، لأن المبيع كان في يد البائع لا في يد المشتري ، وإذا عذر المشتري الذي يجهل حالة شيء لم يكن في يده ، فلا عذر البائع في أمر كانت الحيلة تقضى عليه فيه أن يتعين قدر ما يبيع قبل الإقدام على بيعه - ولم ير المشروع أن يورد كل هذه التفصيلات ، وبمضا يمكن في استخلاص القواعد العامة ، وبمضا يخطئ على شيء من التحكم ويضمن تركه الظروف واتفاق المتأخرين . فالتصريح نص يعتبر تلخيصاً لما تقدم من الأحكام ، وهو منقول عن التفتين البولوني والمشروع الفرنسي الإيطالي . ويتضح هذا النص بأن البائع يضمن للمشتري القدر الذي عينه للبيع حسب ما يقضى به الفرض ، وقد يقضى بالمجازاة من قدر مسموح به زيادة أو نقصاً . ومعنى قضيان أن المبيع إذا نقص من القدر المعين ، كان للمشتري أن يفسخ إذا كان النقص جسيماً .. ( ولا يشترط أن يكون النقص واحداً على عشرين ) ، أو أن ينقص الثمن بقدر ما أسابه من الضرر ( وليس من الضروري أن يكون إنقاص الثمن بنسبة ما نقص من المبيع ، فقد يكون الضرر أكثر أو أقل من ذلك ) . ولا فرق في حالة نقص المبيع بين ما إذا كان المبيع يضره التبعيض أو لا يضره ، وبين ما إذا كان الثمن محددًا بصر الوحدة أو مقدراً بجملة واحدة . أما إذا زاد المبيع ، وكان الثمن مقدراً بجملة واحدة ، فالتقابل أن المتأخرين قصد أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على المقدار المعين - وهذا يتفق مع ما سبق ذكره من أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن - لذلك يترك البيع ولا يطلب المشتري بزيادة الثمن ، إلا إذا كان هناك اتفاق من غير ذلك . فإذا عين الثمن بصر الوحدة ، فلا تميز بين ما يضره التبعيض =

المادتين ٤٠١ - ٤٠٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٢٢ - ٤٢٣ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٤٣ - ٥٤٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود الليباني المواد ٤٢٢ - ٤٢٧ (١) .

== وبين ما لا يفره ٥ بل بكل المشتري الثمن في الحالين بقدر زيادة المبيع ، فان كانت حسيمة جاز له أن يطلب فسخ العقد . وغنى عن البيان أن هذه الأحكام كلها ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة وتفسيراً لنية المتعاقدين ، ولا تعتبر من النظام العام ، فهي تطبق ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيرها ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٩ - ص ٦١ ) . ويلاحظ أنه أدخل على نصوص المشروع تعديل في لجنة الشيوخ كما سبق القول ، يقضي بأنه في حالة الزيادة ، إذا كان الثمن مبيعاً بسعر الوحدة ، وجب اختيار بين ما إذا كان المبيع يفره للتبقيض أولاً يفره ، وقد أورد النص الحكم في حالة ما إذا كان المبيع يفره للتبقيض ، وسكت من حالة ما إذا كان المبيع لا يفره للتبقيض ، ويبدو أن الزيادة في هذه الحالة تكونت للبائع كما سيأتي .

ثم جاء في مكان آخر من المذكرة الإيضاحية في خصوص المادتين ٣٦٨/٢٩٤ و ٣٦٩/٢٩٥ : « ولم ير المشرع محلاً للكلام في أثر النسخ ( م ٣٦٨/٢٩٤ ) فهو غاشع للقواعد المسماة ، ولا لنص على أن وضع المشتري يده على المبيع مع علمه بالتعلق الواقع فيه يسقط حقه في اختيار فسخ البيع إلا إذا حفظ حقوقه قبل وضع يده حفظاً صريحاً ( م ٣٦٩/٢٩٥ ) ، فإن هذا الحكم ظاهر لا حاجة للنص عليه ، بل إن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن - لا الفسخ وحده - يسقط إذا دلت الظروف على أن المشتري قد تنازل عنه ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٥ ) . هذا وقد أخذت نصوص التقنين المدني السابق - كما جاء في المذكرة الإيضاحية - من مجموع أحكام الفقه الإسلامي ( انظر في أحكام الفقه مصادر الحق في الفقه الإسلامي لمؤلف جزء ٣ ص ٧٦ - ص ٧٩ - وانظر في تفسير هذه النصوص الأستاذين أحمد نجيب الهلال وسامد زكي فترة ٣٢٠ - ٣٢٤ ) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٠١ - ٤٠٢ ( مطابقتان المادتين ٤٢٣ - ٤٢٤ من التقنين المدني المصري - انظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفی الزرقا فترة ١٠٦ - فترة ١١٣ ) .  
التقنين المدني الليبي م ٤٢٢ - ٤٢٣ ( مطابقتان المادتين ٤٢٣ - ٤٢٤ من التقنين المدني المصري ) .

التقنين المدني العراقي م ٥٤٣ : إذا بيعت حصة من المسكيات أو حصة من الموزونات أو المذروعات التي ليس في تباعها ضرر أو الطعيات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها حصة أو بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً ، كان المشتري غيراً إن شاء نسخ البيع وإن شاء أخذ المقدار للوجود بمحسنة من الثمن . وإذا ظهر المبيع زائداً ، فالزيادة للبائع .  
م ٥٤٤ : ١ - إذا بيعت حصة من الموزونات أو المذروعات التي في تباعها ضرر أو من الطعيات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها حصة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً ، فليشتري =

وتعرض هذه النصوص لفرض ما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات ، وقد

م ٥٤٥ : فسح البيع أو أخذ المبيع بكل الثمن ، إلا إذا اتفق مع البائع وقت التعاقد على أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن .

٢ - وإذا وجد المبيع زائداً ، فالزيادة للمشتري ، على أنه يجوز الاتفاق وقت التعاقد على أن يسطر البائع عرضاً في مقابل الزيادة .

م ٥٤٥ : إذا بيعت جملة من المورونات أو المذروعات التي في تمييزها ضرر أو من المتدييات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع زائداً أو ناقصاً عند التسليم ، فلهشتري فسح البيع أو أخذ المبيع بحصته من الثمن .

م ٥٤٦ : ١ - في الأحوال المنصوص عليها في المواد الثلاث السابقة لا يكون للمشتري الحق في الفسخ ، ولا يكون للبائع حق فيما يظهر من زيادة في المبيع ، إلا إذا كان النقص أو الزيادة قد جاوز حصة في المائة من القدر المحدد للشيء المبيع .

٢ - وعلى كل حال لا تسع دعوى المشتري أو البائع بمقتضى المواد الثلاث السابقة بعد انقضاء ثلاثة أشهر من وقت تسليم المبيع للمشتري تسليمياً فعلياً .

( تنفذ هذه الأحكام مع أحكام التفتين المدف المصري فيما عدا أمرين : (١) تحديد الزيادة أو النقص في التفتين العراقي بخمسة في المائة . (٢) تحديد مدة عدم سماح الدعوى في التفتين العراقي بثلاثة أشهر ، وفي التفتين المصري مدة التقادم سنة . انظر في لقانون المدف العراقي الأستاذ حسن الدينون فقرة ١٧١ - فقرة ١٧٧ - الأستاذ عباس الصراف فقرة ٣٩٦ - فقرة ٤٠٢ ) .

تفتين المرجعيات والمقدور البتاني م ٤٢٢ : إن البائع ملزم بتسليم محتوى المبيع كما نص عليه في العقد ، مع مراعاة التعديلات الآتية بيانها .

م ٤٢٣ : إذا بيع عقار مع تعيين محتواه وسر الوحدة القياسية ، وجب على البائع أن يسلم المشتري ، عند تشيئه ، الكمية المبينة في العقد ، وإذا لم يتمكن من ذلك أو يشتبه به المشتري ، تحم حل البائع قبول تخفيض نسبي في الثمن . أما إذا وجد المحتوى زائداً مما هو معين في العقد ، وكانت الزيادة جزءاً من عشرين على المحتوى المبين ، فلهشتري أن يختار إما أداء الزيادة في الثمن وإما الرجوع في العقد .

م ٤٢٤ : إذا كان عقد الشراء ، في الأحوال المبينة في المادة السابقة ، يقضى بالرجوع إلى مدرجات غرائط المساحة ، فلا وجه لرفع الثمن أو خفضه إلا إذا كان الفرق المتحقق بعد القياس يتجاوز القدر المتسامح به .

م ٤٢٥ : إذا عقد البيع على حين معينة محفودة أو على عقارات متغيرة مستقلة ، سواء بدهى بتعيين القياس أو بتعيين المبيع ثم القياس بعده ، فإن بيان القياس لا ينول البائع حتى استزادة الثمن إذا وجد القياس زائداً ، ولا المشتري حتى تخفيضه إذا وجد ناقصاً .

م ٤٢٦ : وفي جميع الأحوال التي يستعمل فيها المشتري حق الرجوع عن العقد يجب على البائع أن يرد إليه الثمن إذا كان قد قبضه ونفقات العقد أيضاً .

م ٤٢٧ : إن دعوى البائع لاستزادة الثمن ودعوى الشاري لتخفيضه أو لفسح العقد يجب أن تقام في جلال سنة من يوم التعاقد ، وإلا سقط الحق في إقامتها .

( وبمصر التفتين البتاني بأخوذة من بمصر التفتين الفرنسي المواد ١٦١٦ - ١٦٢٣ ) .

عين مقداره في عقد البيع (١) ، فأصبح البائع ضامناً للمشتري هذا المقدار المعين . مثل ذلك أن يكون المبيع أرض بناد معينة فذكر في العقد أن مساحتها ألف متر ، أو أرضاً زراعية معينة فذكر أن مساحتها خمسون فداناً ، أو شيئاً معيناً بما يعد أو يوزن أو يكال أو يقاس فيبيع جزافاً وذكر أن مقداره عشرون عدلاً أو رطلاً أو أردباً أو ذراعاً . وفي هذه الأحوال إذا كان المبيع يشتمل على المقدار المعين ، لا أقل ولا أكثر ، فالعقد ماضٍ بما ورد فيه ، ولا يرجع أحد المتبايعين على الآخر بشيء . لكن قد يقع أن يكون مقدار المبيع أقل من المقدار المعين في العقد ، وقد يقع أن يكون أكثر ، فننشأ عن ذلك دعوى يرجع بها أحد المتبايعين عن الآخر . فنبحث إذن : (١) حالة نقص المبيع ، (٢) وحالة زيادة المبيع ، (٣) والدعوى التي تنشأ من هذا النقص أو الزيادة .

## ٢٩٨ - مادة نقص المبيع : إذا وجد بالبائع نقص ، وكان هناك

اتفاق خاص بين المتبايعين في خصوص هذه الحالة ، وجب إعمال الاتفاق . فإذا لم يوجد اتفاق ، وجب العمل بالعرف الجاري في التعامل ، وقد يكون النقص مما جرى العرف بالتسامح فيه وعندئذ لا يرجع المشتري على البائع بشيء من أجل هذا النقص (٢) . فإذا كان النقص عموساً لا يتسامح فيه ، كان

(١) أما إذا لم يبين مقداره ، ثم ظهر أقل مما يعتقد المشتري أو أكثر مما يعتقد البائع ، فلا يلحق في العقد إلا باللفظ إذا توافرت شروط (الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٧٥ ص ١٣٢) .

(٢) استئناف غلط ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٥٩ - ٥ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٩٦ - وقى بيع المحصول إذا قدر برقم معين ونقص عن هذا الرقم ، لم يكن البائع مسؤولاً عن هذا النقص إذا هو أثبت أنه بذل العناية المألوفة في الزراعة (استئناف غلط ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٨) . فإذا طرأ طارئ ، كتقص في مياه القرى أو فيضان ، وجب عليه إعطاء المشتري حتى يتمكن هذا من العناية والتعويض بقدر الإمكان ، ولا كان البائع مسؤولاً (استئناف غلط أول مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣٨ - ٣ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١١ - ١٢ يناير ١٩١١ م ٢٣ ص ١١١ - ١٣ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤٠٧ - ١٤ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٦ - أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٢ - ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٢ - ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٩١ ص ٢١٩ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٨ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ =

للمشتري أن يرجع على البائع تعويض بسبب هذا النقص . وقد يكون هذا التعويض إنقاصاً للثمن بنسبة ما نقص من مقدار المبيع ، ولكن هذا لا يتحقق فالتعويض بقدر الضرر ، وقد يصيب المشتري ضرر أكبر من ذلك أو أقل فيتقاضى تعويضاً بقدر ما أصابه من الضرر . فإذا كان النقص جسيماً بحيث لو كان يعلمه المشتري لما رضى أن يتعاقد ، جاز له أن يطلب فسخ العقد .

وبلاحظ أن المشرع ، عندما جعل جزاء النقص في مقدار المبيع دعوى إنقاص الثمن أو دعوى الفسخ ، لم يميز بين ما إذا كان المبيع قابلاً للتبعض أو غير قابل له وبين ما إذا كان الثمن قد قدر بسمرة الوحدة أو قدر بحملة واحدة ، ففي جميع هذه الفروض يكون للمشتري دعوى إنقاص الثمن أو دعوى فسخ البيع . وقد كان التقنين المدني السابق يميز بين ما إذا كان المبيع قابلاً للتبعض أو غير قابل له . ففي حالة ما إذا كان المبيع قابلاً للتبعض يكون للمشتري دعوى إنقاص الثمن أو دعوى الفسخ ( م ٣٦٤/٢٩١ مدني سابق ) ، سواء قدر الثمن بسمرة الوحدة أو قدر بحملة واحدة . وفي هذا يفتي أحكام التقنين السابق مع أحكام التقنين الجديد ، غير أن التقنين السابق كان يهتم بإنقاص الثمن بنسبة النقص في مقدار المبيع ( م ٣٦٥/٢٩١ مدني سابق ) ، وكان لا يجعل للمشتري دعوى الفسخ إلا إذا كان النقص في مقدار المبيع يزيد على ١/٢٠ ( م ٣٦٧/٢٩٣ مدني سابق ) . وفي حالة ما إذا كان المبيع غير قابل للتبعض ، وكان الثمن قد قدر بسمرة الوحدة ، كان للمشتري دعوى إنقاص الثمن أو دعوى الفسخ على النحو المتقدم ( م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق ) . أما إذا كان الثمن قد قدر بحملة واحدة والمبيع غير قابل للتبعض ، فلم يكن للمشتري إلا دعوى الفسخ إذا كان النقص

---

== ( ص ١٦ ) . ويجب أن يكون البيع واقعاً على محصول الأرض لأجل كمية معينة (استئناف مخطط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٩) . وقد يشترط البائع عدم ضمان العجز فلا يفسن ( استئناف مخطط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١١٢ ) . وقد يشترط المشتري على البائع ضمان العجز لفسن ( استئناف مخطط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ١٩ ص ٤٨ - ٢٢ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩١ ) . وقد يكون تحديد الكمية في ظروف تمكن البائع من التثبت من مقدار المحصول على وجه الدقة فيتقيد بهذه الكمية (استئناف مخطط ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ١٢٤) .



زيد على ١/٢٠ ، أو إبقاء البيع بكل الثمن المتفق عليه ( م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق ) ، فلم يكن يجزئ أنقص الثمن على خلاف حكم التقنين الجديد (١) . وذلك أن التقنين السابق كان يعتبر القدر في المبيع إذا بيع بثمن مقدّر جملة واحدة وصفاً لا أصلاً ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن ، فإذا نقص القدر لم ينقص الثمن .

**٢٩٩ -** **مادة زيادة المبيع :** وإذا وجد بالمبيع زيادة ، وكان هنالك اتفاق خاص بين المتبايعين في خصوص هذه الحالة ، وجب العمل بهذا الاتفاق . فإذا لم يوجد اتفاق ، وجب العمل بالعرف . فإن لم يوجد لا اتفاق ولا عرف ، وجب التمييز بين ما إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة (٢) أو مقدراً جملة واحدة .

فإذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة وكان المبيع قابلاً للتبعض ، فالزيادة للبائع . ذلك أن الزيادة لم تدخل في البيع ، والمبيع لا يضره التبعض (٢) . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في التقنين المدني السابق ( م ٣٦٥/٢٩١ مدني سابق ) . وإذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة وكان المبيع غير قابل للتبعض ، فالنقص صريح في أنه يجب على المشتري أن يكمل الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد ( م ٢/٤٣٣ مدني ) . ذلك أن القدر في المبيع ، وإن كان المبيع غير قابل للتبعض ، يعتبر أصلاً لا وصفاً مادام الثمن

(١) فإذا أبرم العقد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى التقنين السابق ، وإلا فيسرى التقنين الجديد .

(٢) ويكون الثمن مقدراً بحساب الوحدة ولو ذكر في العقد إلى جانب سعر الوحدة مجموع الثمن ، فالمجموع في هذه الحالة لا يبدو أن يكون عملية حسابية هي حاصل ضرب سعر الوحدة في مجموع الوحدات ( استئناف غنطل ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٢٠ - الأستاذان أحمد نجيب الخلال وحامد زكي ققرة ٢٢٣ - الأستاذ عبد النعم القبرلي ص ٢٩٦ هامش ٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور . ص ١٣٤ هامش ٢ ) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد ، فهي تجل قدر المبيع وصفاً لا أصلاً - فلا يقابله شيء من الثمن - إذا كان الثمن قد قدر جملة واحدة ، دون تمييز بين ما إذا كان المبيع قابلاً للتبعض أو غير قابل له . ويترتب على ذلك أن تكون الزيادة للبائع إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وتكون للمشتري إذا كان الثمن مقدراً جملة واحدة ( مجموعة للإعمال التشريعية ٤ ص ١١ ) .

قد قدر بحساب الوحدة ، والأصل مقابل بالثمن . فإذا زاد المبيع وجب على المشتري تسكلة الثمن بما يناسب الزيادة ، وكان للبائع حق الرجوع على المشتري بدعوى تسكلة الثمن على هذا النحو . لكن قد تكون الزيادة جسيمة بحيث تكون تسكلة الثمن المناسبة لهذه الزيادة من شأنها أن تجعل المشتري يزهّد في المبيع ويود لو أنه لم يتعاقد ، ففي هذه الحالة يجوز للمشتري أن يطلب فسخ البيع ، فلا يعود ملزماً بتسكلة الثمن . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في التقنين المدني السابق ، فكان المشتري بالخيار بين تسكلة الثمن أو فسخ البيع ، إلا أنه كان لا يجوز له طلب الفسخ إلا إذا كانت الزيادة في المبيع أكثر من ١/٢٠ (م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق) .

وإذا كان الثمن مقدراً حلة واحدة ، فسواء كان المبيع قابلاً للتبعض أو غير قابل له ، فالظاهر ، بالرغم من سكوت النص ، أن قدر المبيع في هذه الحالة يعتبر وصفاً لا أصلاً على النحو الذي أشرنا إليه فيما تقدم ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن . ومن ثم يكون للمشتري أن يأخذ المبيع بالثمن المتفق عليه ، ولا يدفع شيئاً للبائع في مقابل الزيادة . ويؤيد ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى من أنه : إذا زاد المبيع ، وكان الثمن مقدراً حلة واحدة ، فالغالب أن المتعاقدين قصداً أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على القدر المعلن — وهذا يتفق مع ما سبق ذكره من أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن — ولذلك يبقى البيع ، ولا يطالب المشتري بزيادة في الثمن ، إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك (١) . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في التقنين المدني السابق (م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق) .

### ٣٠٠ - تقادم الدعاوى التي تنشأ عن نقص المبيع أو زيادته :

وبمخلص مما قلناه أنه ينشأ عن نقص المبيع أو زيادته دعاوى ثلاث : (١) دعوى لإنقاص الثمن ، تكون للمشتري إذا كان هناك نقص في المبيع على النحو الذي

---

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٦١ - ويبرر هذا الحكم أن المبيع كان في يد البائع وكان في وسعه أن يعرف مقداره . فإذا قصر في ذلك ، وباعه بشئ مقدّر جملة واحدة ، فليس له أن يحتج بضميره بل دل ذلك على أنه ارتضى هذا الثمن في كل المبيع .

قلمناه (٢) دعوى فسخ البيع ، تكون للمشتري أيضاً إذا كان هناك نقص جسيم في المبيع ، أو كانت هناك زيادة وكان لا يقبل التبعيض وقد قدر الثمن بحساب الوحدة . (٣) دعوى تكملة الثمن ، تكون للبائع إذا كانت هناك زيادة في المبيع وكان لا يقبل التبعيض وقد قدر الثمن بحساب الوحدة .

وقد راعى المشرع في هذه الدعاوى الثلاث وجوب استقرار التعامل ، فيجعلها كلها تتقادم بمدة قصيرة هي سنة واحدة (م ٤٣٤ مدني) ، حتى لا يبقى البائع (١) مهلهداً مدة طويلة يرجوع المشتري عليه بانقراض الثمن أو بفسخ البيع ، وحتى لا يبقى المشتري كذلك مهلهداً مدة طويلة يرجوع البائع عليه بتكملة الثمن (٢).

(١) والبائع هو المسؤول ولو كان قبل البيع شريكاً في المشروع ثم أفرز نصيبه وباعه مفرزاً ، فإن الشريك الآخر لا شأن له بالميز الذي يظهر في المبيع . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت حالة الشروع بين الشريكين قد زالت بقسمة الأرض بينهما ، وأصبح كل منهما وقت أن تعرف في حصته مالكا لها ملكاً مفرزاً عدها ، فإن أيهما لا يضمن في هذه الحالة إلا المساحة التي ييمها على التحديد في عقد البيع ، ولا شأن للآخر بأي عجز يظهر في المبيع . وذلك لأن تحمل كل منهما نصيباً من العجز لا يكون إلا مع بقاء حالة الشروع بينهما ، أما بعد القسمة فإن كلا منهما يتحمل العجز الذي وقع في الحصة التي اشتمل بها (نقض مدني ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٩ ص ٧٢) .

(٢) ويسرى هذا التقادم حتى لو كان البيع بالمرزاد الجبري (استئناف مخطط ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٣ - ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٠٠ - ٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٢٥ ص ٢٣٥) - وهذا ولا تسرى مدة التقادم هذه إلا لمعجز أو زيادة في مقدار المبيع الذي تعين في العقد . أما إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب المشتري لقطعة أرض أخرى يدعى أن البيع يتناولها فسن المبيع ، أو بطلب البائع استبعاد قطعة أرض يدعى أن البيع لا يتناولها ، أو كان البيع يتناول قطعاً مختلفة من الأرض وتبين أن قطعة منها لا يملكها البائع فرفع المشتري دعوى الضمان ، أو كان الثمن مقدراً تقديراً وقتياً على أن يقدّر نهائياً بعد تقرير المبيع - ففي جميع هذه الأحوال لا تتقادم الدعوى - وهي ليست دعوى عجز أو زيادة - بسنة بل تتقادم بخمس عشرة سنة وهي المدة العادية للتقادم (استئناف وطني ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحللة ٤ رقم ٢٤ ص ٣١ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٤١ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٤٧ - ١٨ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٥ - ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ - ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٢٥ - ١٥ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٧٩ - ١٥ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٣ - ٩ مايو سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٢٨٦ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٢٥ ص ٢٩٢ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٩ ص ٨٠ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٦٠ - ٧ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٤ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٧ - أوبري دور ٥ =

ويبدأ سريان التقادم من وقت تسليم المبيع تسليماً فعلياً ، ففى هذا الوقت يستطيع المشتري أن يبين ما إذا كان البيع فيه نقص يوجب إنقاص الثمن أو فسخ البيع ، أو فيه زيادة توجب عليه تكملة الثمن فيبادر إلى طلب الفسخ حتى يتوقف دفع هذه التكملة . ومن ثم اشترط القانون بأن يكون التسليم تسليماً فعلياً ، إذ التسليم الفعلي وحده دون التسليم الحكيم هو الذى يجرى أسباب العلم بما تقدم . وانفتح المجال للبائع نفسه إلى وقت تسليمه المبيع للمشتري تسليماً فعلياً ، فلا يبرى تقادم دعواه بتكملة الثمن إلا من هذا الوقت ، لأنه يبين عادة فى هذا الوقت ما إذا كان بالبيع زيادة تجعل له الحق فى طلب تكملة الثمن (١) .

= فقرة ٣٥٤ ص ٥٩ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٢ - الأستاذ محمد على امام فقرة ١٩٠ ص ٣٢٠ - ص ٣٢١ وص ٣٢٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٢٩ ص ٢٤٩ - ص ٢٥٠ - الأستاذ عبد المنعم البدرارى فقرة ٢٥٧ و فقرة ٢٥٩ - الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٦٠ ص ٢٠٥ ) . ولا تسرى مدة السنة على الدعوى المدنية على تمهيد مخصوصى جعل بعد عقد البيع الأصل وتمهيد فيه المشتري يدفع عن الزيادة التى تظهر فى مساحة الأطلان المبيعة ( استئناف وطنى ١٨ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٧ ص ١٩٣ ) .

ولا يجوز الاتفاق على زيادة السنة أو على إنقاصها ، لأن المادة ٣٨٨ مدنى قد قفست بأنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف على المدة التى بينها القانون ( الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٣ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٣٩ ص ٢٥٠ - قارن الأستاذ عبد المنعم البدرارى فقرة ٢٥٨ ) . وقد قفست محكمة الاستئناف الوطنية بأن اتفاق المصوم على مبادر المطالبة ببقية العجز فى المبيع أو الزيادة فيه لا يمكن أن يترتب عليه تغيير فى المدة المقررة لسقوط هذا الحق ، وإنما يترتب عليه فقط عدم سريان مدة السنة إلا من تاريخ المبادر المتفق عليه ( استئناف وطنى ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٢٥ ) . ولكن يجوز أن يسقط حق المشتري فى الرجوع على البائع بسبب عجز المقدار قبل انقضاء السنة ، إذا وضع يده على المبيع وهو عالم بالعجز ما يفهم منه أنه نزل نزولاً فسخياً من حقه ( انظر م ٢٩٦/٢١٥ مدنى سابق وقد تقدم ذكرها آنفاً فقرة ٢٩٧ فى الخامس - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٥ - الأستاذ محمد على امام فقرة ١٩٠ ص ٣٢٤ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٣٠٠ هامش ١ )

وجوز إبداء الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم لانقضاء سنة فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ( استئناف وطنى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٢٦ ص ٣٩ ) .

(١) وعنى من البيان أنه إذا سقطت دعوى البائع بتكملة الثمن بانقضاء سنة من وقت التسليم الفعلي ، لم يعد هناك مقتضى لدعوى المشتري بفسخ البيع ليضاد دفع تكملة الثمن ، فإن هذه التكملة لن تطلب منه لسقوط دعوها بالتقادم ، هذا إلى أن دعوى الفسخ فى هذه الحالة تكون هى أيضاً قد سقطت بالتقادم مع سقوط دعوى تكملة الثمن...



وغنى عن البيان أن مدة السنة لا توقف بسبب عدم توافر الأهلية ولولم يكن للدائن نائب يمثلته قانوناً (م ٢/٢٨٢ مدني) ولكنها تكون قابلة للانقطاع (١).

### ٥ ٣ - ملحقات المبيع

٣٠١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣٢ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« يشمل التسليم لملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقتضيه طبيعته الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين (٢) » .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٢٨٥ - ٢٨٩ وطني والمواد

٢٥٨ - ٣٦٢ مغلط (٣) .

== وقت تسليم المبيع تسليمياً ضلياً . وقد ورد نص صريح في هذه المسألة ، إذ نصت المادة ٢/٧ مدني على ما يأتي : « على أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة بهذه التصادم ووقفه وانقطاعه ، وذلك على المدة السابقة حل العمل بالنصوص الجديدة » .

(١) الأستاذ جميل الشرقاوي فقرة ٦٠ ص ٢٠٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي :

« ١ - يشمل التسليم لملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقتضيه طبيعته الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين . ٢ - فإذا لم يوجد اتفاق ، وجب اتباع الأحكام الآتية ، ما لم يقتض الأمر بغير ذلك : (أ) بيع المنزل يشمل الأشياء المثبتة فيه الملحقة به ، ولا يشمل منفزلاً يمكن فصله دون تلف . (ب) بيع الأراضي الزراعية لا يشمل ما نفع من المحصول . (ج) بيع البستان يشمل ما فيه من أشجار مثمرة ، ولا يشمل الثمار المتناضجة ، ولا يشمل الصوف والشعر المهيأ للجزء » . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية ، لأنها تتضمن تفصيلات لا ضرورة لها ، وبقيت الفقرة الأولى وسدحا مطابقة لما انتشر عليه النص في التقنين المدني الجديد ، وأصبح النص رقم ٤٤٥ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيخ تحت رقم ٢٢٢ ( مجموعة الأعمال التصديقية ٤ ص ٥٤ - ص ٥٥ وص ٥٧ ) .

(٣) التقنين المدني السابق م ٢٨٥/٢٥٧ : يجب أن يكون التسليم شاملاً للمبيع وجميع ما يند

من ملحقاته الضرورية له حسب جنس المبيع وقصد المتعاقدين .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري  
المادة ٤٠٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢١ - وفي التقنين المدني العراقي  
المادتين ٥٣٦ - ٥٣٧ وفي تقنين الموجبات والعقود اللباني المواد ٤١٨ - ٤٢١ (١).

== م ٢٨٦/٣٥٨ : في حالة علم وجود شرط في عقد البيع تتبع التواعد المقررة في الأحوال  
الآتي بيانها ، إن لم يقض حرف الجهة بغير ذلك .

م ٣٥٩ مختلط : بيع البقرة المملوك يشمل ولدها الرضيع .

م ٢٨٧/٣٦٠ : بيع البستان يشمل ما فيه من الأشجار المفروسة ، ولا يشمل الأملاك المنسوبة  
ولا الشجيرات المفروسة في الأوعية أو في بقعة مخصصة منه المدة للنقل .

م ٢٨٨/٣٦١ : بيع الأرض لا يشمل ما فيها من المزروعات .

م ٢٨٩ وطني : بيع المنزل يشمل الأشياء الثابتة فيه المرتبطة به ، ولا يشمل ما فيه من المنقولات  
التي يمكن نقلها بدون تلف .

م ٣٦٢ مختلط : بيع المنزل يشمل الأشياء الثابتة فيه المرتبطة به ، ولا يشمل ما فيه من المنقولات  
التي يمكن نقلها بدون تلف . وقضاه من ذلك يتبع في هذه المادة حرف البك .

( ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين الجديد والتقنين السابق ، لا سيما إذا رجعنا إلى ما حذف  
من نص المشروع الصيغي فيما قلناه باعتباره تطبيقاتاً للقواعد العامة ) .

#### (١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٠٠ ( مطابقة المادة ٤٣٢ من التقنين المدني المصري وانظر في

القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩٧ - فقرة ١٠٥ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢١ . ( مطابقة المادة ٤٣٢ من التقنين المدني المصري ) .

التقنين المدني العراقي م ٥٣٦ : هل البائع أن يسلّم المبيع وتوابعه إلى المشتري عند نقده الثمن . . .

م ٥٣٧ : يدخل في البيع من غير ذكر : (أ) ما كان في حكم جزء من المبيع لا يقبل  
الاتكاف عنه نظراً إلى التفرس من الشراء ، فإذا بيعت بقرة حلوب لأجل اللبن دخل تبهيها  
الرضيع . (ب) توابع المبيع المتصلة المستقرة ، فإذا بيعت دار دخل البستان الواقع في حدوده  
والطرق الخاصة الموصلة إلى الطريق العام وحقوق الارتفاق التي للدار ، وإذا بيعت حصة دخلت  
الأشجار المفروسة على سبيل الاستقراء . (ج) كل ما يجري البرف على أنه من مشتلات المبيع .  
( وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري - انظر في القانون المدني العراقي  
الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٦٨ - فقرة ١٧٠ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٨٥ -  
فقرة ٣٩٢ ) .

تقنين الموجبات والعقود اللباني م ٤١٨ : موجب تسليم الشيء يشمل ملحقاته .

م ٤١٩ : أن تسليم المقار يشمل أيضاً الترابيات الحكيمة ، فهي تند حتماً من ملحقات المبيع .

م ٤٢٠ : يشمل بيع الحيوان : أولاً صغيره الرضيع .

ثانياً : الصوف أو الشعر الذي حل مبيعات جزءه .

تسليم المبيع يشمل إذن تسليم ملحقاته . ونحدد أولاً ما هو المقصود بالملحقات ، ونورد بعد ذلك تطبيقات مختلفة تحدد ما تشتمل عليه الملحقات في حالات معينة .

### ٣٠٢ - فمير معنى ملحقات المبيع : تقول المادة ٣٢٢ مدنى كماربنا ،

إن التسليم يشمل ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء . ويوم النص أن ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء المبيع غير ملحقاته ، والواقع غير ذلك فكل ما أعد لاستعمال الشيء المبيع بصفة دائمة يعد من ملحقاته (١) . فيلزم إذن تحديد ما هو المقصود بملحقات الشيء .

يحسن لهذا الغرض التمييز بين ملحقات الشيء وبين ما يقرب منها وقد يختلط بها . فالشيء يشتمل على أجزائه ، وهذه ليست مع الملحقات بل هي الأصل . فالدار مثلاً تشتمل على الأرض التى تقوم عليها والبناء القائم بما يدخل فيه من طلاقات ، وتشتمل كذلك على السلم والردهات والحديقة إن وجدت وسور الدار إن كانت لها سور قائم ونحو ذلك . فهذه كلها أجزاء الدار وليست ملحقاتها . ونماء الشيء ليس من ملحقاته ، بل هو يدخل فى أصل الشيء ، ويتميز بأنه أصل حادث وجد بعد البيع . فإذا بيع حيوان مثلاً ، فناء الحيوان أى كبره فى الفترة ما بين البيع والتسليم داخل فى أصله وليس ملحقاتاً به ، وإن كان قد حدث بعد البيع . والتحقاق طمى بأرض زراعية يعتبر نماء للأرض ويدخل فى أصلها ، ولا يعتبر من ملحقاتها (٢) ، وقد حدث هذا أيضاً بعد البيع (٣) . ومنتجات (produits) الشيء ليست من أصله ، بل هي تتولد منه ولكن بصفة عارضة لا بصفة دورية . فالمعادن التى تستخرج من باطن المنجم ، والأحجار التى تقطع من المخاجر ، وولد الحيوان الذى يولد بعد البيع لا قبله (٤) ، كل هذه منتجات

== ٢١ : أن المقومات والأشياء الثابتة الموجودة ضمن شئ من المنقولات لا تحسب داخلية فى البيع ، إلا إذا نص على العكس .

( وأحكام التقنين البنائى تتفق مع أحكام التقنين المصرى ) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٣١٤ ص ٣١٧ .

(٢) قارن بودرى وسينيا فقرة ٣١٦ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٠ .

(٤) أما قبله فقد يكون من الملحقات .



الشيء ، فلا تدخل في أصله ، ولا تعتبر من ملحقاته . وثمرات (fruits) الشيء هي أيضاً ليست من أصله ولا تعتبر من ملحقاته ، بل هي ما يتولد من الشيء بصفة دورية ، كمحصولات الأرض وثمار الأشجار وربع الدور وأرباح الأسهم والسندات .

أما ملحقات (accessoires) الشيء فهي ليست من أصله ، ولا من ثمنه ، ولا من محتجاته ، ولا من ثمراته . فهي شيء غير الأصل والثمن ، لأنها ملحقة بالأصل وليست الأصل ذاته ، وهذا ظاهر . وهي ليست متولدة من الأصل ، لا بصفة عارضة كالمنتجات ، ولا بصفة دورية كالثمرات ، وهذا أيضاً ظاهر . بل هي شيء مستقل عن الأصل ، غير متولدة منه ، ولكنه أعد بصفة دائمة . لا بصفة وقتية - ليكون تابعا للأصل وملحقاً به ، وذلك حتى يتبنا للأصل أن يستعمل في الغرض المقصود منه أو حتى يستكمل هذا الاستعمال . فالملحقات هي إذن ما يتبع الأصل ويعد بصفة دائمة لخدمته ، أو كما تقول المادة ٤٣٢ مدني هي كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء . فإذا كانت معدة بصفة وقتية لا بصفة دائمة ، كما إذا استأجر المالك مواشي وآلات لزراعة أرضه ، فانها لا تعتبر من الملحقات .

واعتبار أن شيئاً ما يعتبر من ملحقات شيء آخر ، على الوجه الذي قدمناه ، أو لا يعتبر ، يرجع فيه إلى طبيعة الأشياء كما هو الأمر في اعتبار حقوق الارتفاق من الملحقات (١) ، أو إلى عرف الجهة كما هو الأمر في عدم اعتبار المسائل والشطأ من الملحقات ، وهذا كله ما لم يوجد اتفاق بين المتبايعين . فالأصل إذن أنه إذا وجد اتفاق على اعتبار شيء من الملحقات ، وجب اعتباره كذلك ووجب أن يشمل التسليم . وإذا لم يوجد اتفاق ، وجب اتباع العرف ومطابقة طبائع الأشياء ، مع الاستهداء بالتطبيقات المختلفة التي سنوردها .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم بإزالة البناء الذي أقامه المدعي عليه في الأرض التي اشتراها مؤسسا على أن المشتري إذ قبل شراء الأرض مثقلة بحق ارتفاق سطل محكوم به في مواجهة البائع ، فقد التزم - التزاماً شخصياً - بالامتناع عن التفرص لمن تقرر له حق الارتفاق ، فهذا الحكم يكون موافقاً للقانون ، ولا يصح الطعن فيه بمقولة إنه إذ اعتبر الحكم الذي قرر حق الارتفاق في مواجهة البائع حجة على المشتري رغم عدم تسجيله قد خالف نص المادة الثانية من قانون التسجيل (نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٢ ص ٧٠٣) .

والمشتري يملك أصل البيع ونماه بعقد البيع ، لأن الأصل وانماه - وهو جزء من الأصل - يدخلان مباشرة في العقد . ويتملك المنتجات والفترات لأنه مالك للأصل الذى تولدت منه المنتجات والفترات ، ومن ملك الأصل ملك ماقولده منه . ويتملك الملحقات لأنها تدخل ضمناً في عقد البيع ، ويشملها التزام التسليم . وزى من هذا أن ملكية المشتري للفترات ترجع إلى سبب غير السبب الذى يملك به الملحقات ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك (١) .

### ٣٠٣ - تطبيقات مختلفة في ملحقات البيع : ونورد بعض تطبيقات

توضيح ماى الأشياء التى يمكن اعتبارها ملحقات للمبيع في أحوال معينة .

فالمبيع بوجه عام ، أياً كان ، تلحق به الأوراق والمستندات المتعلقة به ، كاستندات الملكية (٢) ، وعقود الإيجار التى يكون من شأنها أن تسرى في حق المشتري وصورة من المستندات التى يستيقها البائع لتضمنها حقوقاً أخرى غير حق المشتري (٣) . ويلحق بالمبيع أيضاً حقوق الارتفاق التى قد تكون له ، وكذلك بوالص التأمين التى قد تكون معقودة لتأمينه ويكون المشتري بالنسبة إلى هذه البوالص خلفاً خاصاً (٤) .

(١) أنظر آتياً فقرة ٢٨٢ .

(٢) استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٢٣ - أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٧ - ٢٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٧٧ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٢ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٢٦ ص ١٥ (حق لو اشترط البائع شيئاً الاستحقاق) .

(٣) أنظر المادة ٥٧٣ من المشروع التمهيدى للتقنين المدق الجديد وتنص على أن « يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء » . وقد سبق القول إن هذه المسألة قد حذفت في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من القواعد العامة : أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٥٢ - ص ٥٣ - وانظر ص ٥٥ هامش رقم ١ .

(٤) وكذلك تنتقل الدماوى التى تكون للبائع بالنسبة إلى الشيء المبيع ، كما لو كان المبيع أرضاً وزعت ملكية جزء منها فينتقل التصرف إلى المشتري ، وكما إذا كان المبيع منزلاً فنتقل إلى المشتري دعوى البائع بالضمان قبل المهنس والمقاول الذين قاما ببناء المنزل ببلانيول وديجر وهامل ١٠ فقرة ٨٧ ص ٩٠) ، ولكن لا تنتقل الدعوى التى لا يعمل فيها المشتري على البائع =

وإذا كان المبيع منزلاً ، ألحق به الأشياء المثبتة فيه ، ولا تدخل في الملحقات المتقولات التي يمكن فصلها دون تلف . ويترب على ذلك أن الأقران المثبتة في المطابخ والمغاسل ( بنوار ) المثبتة في الحمامات تعتبر من ملحقات المنزل المبيع ، ولا تلحق به المزايا غير المثبتة ولا الثريات المعلقة (١) .

وإذا كان المبيع أرضاً زراعية ، دخل في الملحقات حقوق الارتفاق لما قدمناء ، والمزروعات غير الناضجة دون المزروعات الناضجة فهذه لا تدخل (٢) . ودخل في الملحقات أيضاً الطرق الخاصة المتصلة بالطريق العام (٣٧م مدني عراقي) . فإذا كان المبيع هـ عزة ، دخل في ملحقاتها المواشي والآلات الزراعية وغيرها مما يعد عقاراً بالتخصيص ، وكذلك المخازن وزرابي المواشي وبيوت الفلاحين

== كخلف خاص ، من ذلك دعوى التمييز التي تكون البائع من إنزاف أو تحريف في المبيع من الغير وقع قبل البيع ، ومن ذلك دعوى الثمن التي قد تكون البائع قبل بائه ( أنسكلوبيدي هـ الورز هـ لفظ Vente فقرة ١٠٥٠ - فقرة ١٠٥١ ) . وتنقل إلى المشتري دعوى الضمان - ضمان الاستحقاق وضمان القيوب الخفية - التي البائع قبل بائه ( أنسكلوبيدي هـ الورز هـ لفظ Vente فقرة ١٠٧١ ) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان عقد الإيجار منصوباً فيه على أن كل ما يمدته المستأجر في الأعيان من إصلاحات أو إنشاءات تكون ملكاً للمؤجر ، ثم باع المؤجر هذه الأعيان ، فشكل الحقوق التي كسبها المؤجر قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات المبيع ، فتنتقل بحكم القانون إلى المشتري ، وتباً لذلك يكون المشتري حق مطالبة المستأجر بتسوية الضرر الناتج من قطعه غير المشروع بتلك الأعيان ( نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٦ ص ٨٣ ) .

- (١) أنظر المشروع التمهيدى والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التصهيرية ؛ ص ٥٦ .
- (٢) أنظر المشروع التمهيدى والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التصهيرية ؛ ص ٥٦ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلة بأن يبيع الأرض الزراعية لا يشمل المحصول الذي حسبه البائع وعزته إلا إذا وجد اتفاق على العكس . والذي يدخل هو المحصول الذي ينتج باختياره من ملحقات الأرض ، أما ما نضج منه ويمكن جنيه في وقت قصير فلا يدخل ( استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩٤٥ ص ٥٧ م ١١٤ ) . ومع ذلك أنظر استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٤٢ ( لا يدخل المحصول القائم ولو كان غير ناضج دون اتفاق ) أنظر فيها القسح ١٦ أكتوبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٤٥ ص ٥٤ - كقر صقر ٨ يولييه سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٥ ص ٦٥ .

ونحو ذلك (١) . وكذلك يدخل من هذه الملحقات بلصة ما يباع من العزبة على الشيوخ ، أما إذا بيعت العزبة أجزاء مفردة لم تدخل هذه الملحقات تبعا لأي جزء مفرد منها ، بل تبقى للبائع (٢) .

وإذا كان المبيع بستانا ( أرض جنائن ) ، دخل في ملحقاته الأشجار المفروسة والثمار التي لم تنضج ، بل لعل هذه تعتبر أجزاء المبيع لا مجرد ملحقات . ولا يدخل في الملحقات الأثمار الناضجة ، ولا الشجيرات المزروعة في أوعية أو التي أعدت للنقل ( الشطأ أو المشتل ) (٣) .

وإذا كان المبيع مصنعا ، دخل في ملحقاته المخازن التي تودع فيها المصنوعات والمنازل التي أقيمت لعمال المصنع ومطاعمهم وملاعبهم ونحو ذلك . وإذا كان المبيع متجرا ، فإن البضائع وعقد إيجار المكان الذي أقيم فيه المتجر والاعم التجاري (٤) وماركة الفابريكة ، والعملاء وحقوق المستثمرين والعمال والتزامات

---

(١) وإذا بيعت أرض زراعية ، لم يدخل دون ذكر في ملحقاتها بيوت ومبان تكون هزبة مستقلة ، وبخاصة إذا كانت مساحة هذه العزبة تصل إلى فدان والأرض الهيمة كلها لا تزيد على ٤٢٠٠ أنا ( استئناف مخطط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٧ ) - ولا يدخل دون ذكر المواضع في الأرض الزراعية التي امتنع على البائع نقلها بسبب إجراءات صحية ( استئناف مخطط ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٨ ) . ويدخل تبعا للأرض التخل المزروع فيها ( استئناف مخطط ٢٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٥٥ ) . ويقضى العرف بالألا تدخل السواقي دون ذكر ( استئناف مخطط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٤٥ ) . أما الفوار فبحسب قصد المتبايعين ( استئناف مخطط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦١ ) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يدخل في بيع الأرض ما هو عليها عند البيع من أبنية أو واپورات أو مواش أو ما أشبه ذلك إذا لم يذكر صراحة في عقد البيع دخولها ضمن المبيع ، فإذا كانت الأرض مشغولة بالأبنية أو الوابورات وكان نص عقد البيع قاصرا على الأراضي اعتبر البيع عن الأرض فقط ( استئناف وطني ٣ يونيو سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ ص ٢٢١ ) ، ولا تدخل في بيع الأراضي المخازن المدة لحفظ المحاصيل حتى المبني منها في الأراضي ولا الآلة البخارية لرى هذه الأراضي مع رى غيرها ، إذا لم يذكر شيء صريح في عقد البيع ( استئناف وطني ١٣ يونيو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ ص ١٦٨ ) .

(٢) بودرى وسونيا فقرة ٣١٥ .

(٣) للمروخ التهمدي والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦ .

(٤) مع إضافة عبارة تقليد خلافة المشتري البائع في متبره إذا كان الاسم التجاري هو الاسم الشخصي البائع .

المتجر وديونه ، كل هذا تعتبر عناصر المتجر ، فهي أجزاءه وليست مجرد ملحقات له (١). أما ملحقاته فهي بوليصة التأمين إن وجدت ومستندات الملكية ودفاتر الحسابات وعتاوين العملاء ونحو ذلك .

وإذا كان المبيع حيواناً ، دخل في ملحقاته الولد الرضيع ، لا الذى شب عن الرضاع إذا كان قد ولد قبل البيع ، أما إذا ولد بعد البيع فهو من منتجاته ويدخل في البيع كما قدمنا . ودخل أيضاً الصوف الشعر ولو كان مهياً للجز (٢) ، بل إن ذلك قد يعد من أجزاء المبيع .

وإذا كان المبيع سيارة ، فان عجلاتها وأدوات الإدارة فيها تعتبر من أجزائها . أما الرخصة وبوليصة التأمين ومستندات الملكية ، فتعتبر من ملحقاتها (٣) .

وإذا كان المبيع مؤلفاً أو لوحة رسم أو تمثالاً أو غير ذلك من الأعمال الأدبية والفنية ، فان حق طبعه مرة أخرى - طبع الكتاب أو تصوير اللوحة أو عمل نموذج من التمثال - يكون من ملحقات المبيع (٤) . ولكن إذا باع المؤلف عدداً محدوداً من النسخ من مؤلفه دون أن يبيع حقه ك المؤلف ، لم يجوز للمشتري أن يعيد طبع الكتاب . وإذا كان المبيع اختراعاً (brevet d'invention) ، دخل في ملحقاته المستندات التى تشتمل على سر الاختراع وكيفية الإفادة منه لإفادة كاملة (٥)

---

(١) قارن بودرى وسينيا فقرة ٣٢٠ . وقد نصت المادة ٤ من قانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورجعنا على أنه لا يقع امتياز البائع إلا على أجزاء المحل المبينة في العقد ، فإذا لم يمين على وجه العقد ما يتناوله الامتياز ، لم يقع الا على عنوان المحل التجارى واسمه والمحل لا الإجارة والاتصال بالملاء والسعة التجارية . وهذا التحديد خاص بما يتناوله امتياز البائع لا بناصر المبيع ، لأن الناصر يدخل فيها دون شك الجبضائع والمهمات والسلع ( الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٠٨ ص ٢٥٨ ) .

(٢) الم شروع التهىى والمذكرة الإيضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦ - وانظر المادة ٤٢٠ من تقنين الموجهات والمقود الاتيانى ( انظر آتقاً فقرة ٣٠١ فى المامش ) .

(٣) وإذا كان المبيع طيارة ، دخل فى ملحقاتها الترخيص المجد لها فى الطيران ، لاسيما إذا كان للمشتري قد اشترط ذلك على البائع (استئناف مغلط ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٠) .

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٣٢٣ . ومع ذلك بقى قصى قانون ٩ أبريل سنة ١٩١٠ فى فرنسا بأن حق الطبع لا يدخل فى البيع إلا بشرط خاص (كـ. لـان وكاييتان ٢ فقرة ٨٩١ ص ٥٩٧) .

(٥) بلانيول وريير وعامل ١٠ فقرة ٨٧ ص ٩٠ .

وإذا كان المبيع أسهماً وصندات ، فإن قسائم الأرباح ( الكوبونات ) المستحقة قبل البيع لا تدخل في الملحقات إلا باتفاق خاص ، أما قسائم الأرباح التي تستحق بعد البيع (١) فهي من الثمرات لا من الملحقات . وإذا ربح السند جائزة اعتبرت جزءاً من السند ، أو هي في القليل من منتجاته .

وإذا كان المبيع منقولاً آخر ، دخل في ملحقاته للصندوق الذي يحتويه إن وجد ، ومستند ملكيته . ولكن لا يدخل في الملحقات الأشياء الثمينة التي قد توجد ضمن المنقول ، كما إذا بيعت ساعة من فضة فلا يدخل في ملحقاتها السلسلة الذهبية التي قد تكون أكبر قيمة من الساعة ذاتها (٢) .

### المطلب الثاني

#### كيف يتم التسليم

٣٠٤ - طريقة التسليم وزمانه ومكانه ونفقاته : يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري في الزمان والمكان الميعنين . ونفقات التسليم تكون في الأصل على البائع .  
فتنبه إذن : (١) طريقة التسليم (٢) زمان التسليم ومكانه (٣) نفقات التسليم .

#### ١٥ - طريقة التسليم

٣٠٥ - انصرمى القانوني : تنص المادة ٤٣٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، مادام البائع

(١) استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢٥ .

(٢) انظر المادة ٤٢١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني (أنفا فقرة ٣٠١ في الهامش).

قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع .

٢ - ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراخي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٣٤٢/٢٧١-٣٤٤/٢٧٣ (٢).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٦ هـ من المشروع الشهدي على الوجه الآتي :

١ - يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري ، بحيث يتمكن هذا من حيازته والانتفاع به دون عائق ، حتى لو لم يتحول عليه استيلاء مادياً ، مادام يعلم أن المبيع قد أصبح تحت تصرفه .  
٢ - ويكون تسليم المبيع على النحو الذي يتفق مع طبيعته . فيتم تسليم العقار بتسليم المفاتيح أو مستندات التملك ، أو بتخلي البائع له . ويكون تسليم المتقول بالمتأولة أو بتسليم مفاتيح المكان الذي يوجد فيه ، أو بتحويل سند الإيداع أو التخزين ، أو بتسليم هذا السند . ويتم تسليم الحق بتسليم سنده ، أو بالتراخيص في استعمال هذا الحق ، وإذا كان استعمال الحق يستلزم حيازة شيء وجب حل البائع أن يمكن المشتري من وضع يده على هذا الشيء دون عائق .  
٣ - ويجوز أن يتم التسليم بمجرد الاتفاق إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لعدم ضرورتها ، وأصبحت المادة رقمها ٤٤٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب .  
وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة " مادام البائع قد أعلمه بذلك " بعبارة " مادام يعلم أن المبيع تحت تصرفه " ، وقد قصد بهذا التعديل ضبط المسكم ، وأصبحت المادة رقمها ٤٤٥ .  
ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته ( بمجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٦٧ وص ٦٩ - ص ٧١ ) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٤٢/٢٧١ : تسليم المبيع هو عبارة عن وضعه تحت تصرف

المشتري بحيث يمكنه وضع يده عليه والانتفاع به بدون مانع . ويحصل وفاء الالتزام بالتسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري وعلمه بذلك ولو لم يتسلمه بالفعل . م ٣٤٣/٢٧٢ : يكون تسليم الأشياء المبيعة بحسب جنسها ، فتسلم العقار إذا كان من المباني يجوز أن يكون بتسليم مفاتيحه ، وإذا كان عقاراً آخر فتسلم حجيجه ، وهذا وذلك إن لم يكن مانع لوضع يده المشتري عليه . وتسليم المتقولات يكون بالمتأولة من يده إلى يده ، أو بتسليم مفاتيح الخازن الموضوع فيها تلك المتقولات . ويجوز حصول التسليم بمجرد إرادة المتعاقدين إذا كان المبيع موجود تحت يده المشتري قبل البيع لسبب آخر . م ٣٤٤/٢٧٣ : تسليم مجرد الحقوق يكون بتسليم سنداتها ، أو بتصريح البائع المشتري بالانتفاع بها إن لم يوجد ما يمنع من الانتفاع المذكور . ( ولا تختلف أحكام التقنين السابق من أحكام التقنين الجديد ) .

**المادة ٤٠٣ -** وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٤ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٣٨ - ٥٤٠ وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٤٠٢ - ٤٠٤ (١).  
ويتبين من النص أن التسليم إما أن يكون تسليماً فعلياً أو تسليماً حكماً .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٠٣ (مطابقة المادة ٤٣٥ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١١٦ - فقرة ١٣٠) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٤ (مطابقة المادة ٤٣٥ من التقنين المدني المصري) .  
التقنين المدني العراقي م ٥٣٨ : ١ - تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يشكّن به المشتري من قبضه دون حائل . ٢ - وإذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع وهو يقبضه وسكت ، يعتبر إذناً من البائع له في القبض .  
م ٥٣٩ : إذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشترها من المالك ، فلا حاجة إلى قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان أو يد أمانة .  
م ٥٤٠ : ١ - إذا أجز المشتري المبيع قبل قبضه إلى بائنه ، أو باعه منه ، أو وهبه إياه ، أو رهنه له ، أو تصرف له فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض ، اعتبر المشتري قابضاً قبيح .  
٢ - وإذا أجزه قبل قبضه للبائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه للعاقبة قام هذا القبض مقام قبض المشتري .  
( والأحكام في التقنين العراقي لا تختلف عن الأحكام في التقنين المصري . أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الدنون فقرة ١٥٨ - فقرة ١٦٤ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٧٢ - فقرة ٣٨٤ ) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٠٢ : التسليم هو أن يضع البائع أو من يمثله الشيء المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع أن يضع يده عليه وأن ينتفع به بدون مانع .  
م ٤٠٣ : يتم التسليم على الأوجه الآتية : أولاً - إذا كان المبيع عقاراً فياقتل عشه ويتسلم مفاتيحه عند الانتفاء ، بشرط ألا يلاق المشتري إذا كان ما يحول دون وضع يده على المبيع . وثانياً - إذا كان المبيع من المنقولات ، فياقتل النمل أو يتسلم مفاتيح المبانى أو العناتيق الخشبية على تلك المنقولات أو بأية وسيلة أخرى مقبولة عرفاً . ثالثاً - يتم التسليم ، حتى بمجرد قبول المتعاقدين ، إذا كان إحصار المبيع غير ممكن في ساعة البيع ، أو كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري لسبب آخر . رابعاً - ويتم أيضاً بتحويل أو بتسلم شهادة الإيداع أو سند الشحن أو وثيقة النقل إذا كان المبيع أشياء مودعة في المستودعات العامة .  
م ٤٠٤ : إن تسليم المبيعات غير المادية ، كحق المرور مثلاً ، يكون بتسلم الأستاذ التي تثبت وجود الحق ، أو بإجازة للبائع للمشتري أن يستعمله بشرط ألا يحول حائل دون هذا الاستعمال - وإذا كان موضوع الحق غير مادي وكان استعماله يستوجب وضع اليد على شيء ما ، فعل البائع حينئذ أن يمكن المشتري من وضع يده على هذا الشيء بدون مانع .  
( والأحكام في التقنين اللبناني لا تختلف عن الأحكام في التقنين المصري ) .



### ٣٠٦ - التسليم الفعلي : يكون التسليم الفعلي ، كما نقول الفقرة الأولى

من المادة ٤٣٥ مدنى فيما قدمناه ، بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، ما دام البائع قد أعلمه بذلك . فالتسليم الفعلي ينطوى إذن على عنصرين : (١) وضع المبيع تحت تصرف المشتري : ويشترط حتى يعتبر المبيع موضوعاً تحت تصرف المشتري أن يكون هذا متمكناً من حيازته حيازة يستطيع معها أن ينتفع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك (١) . ولكن لا يشترط أن تنتقل الحيازة فعلاً إلى المشتري بحيث يستولى على المبيع استيلاء مادياً ، وما دام المشتري متمكناً من هذا الاستيلاء فإن البائع يكون قد نفذ التزامه بالتسليم ، حتى قبل أن يستولى المشتري على المبيع (٢) ، وحتى لو لم يستول عليه أبداً (٣) . ذلك أنه - كما نقول المذكورة الإيضاحية للمشروع المقهوى (٤) - إذا كان التسليم التزاماً في ذمة البائع ، فإن التسليم وهو حيازة المشتري بالفعل

(١) استئناف غنطل ١٢ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥٥

(٢) بلانيول وريبر وهامل ١٠ فقرة ٧٠ ص ٧٥ .

(٣) ويخلص من ذلك أنه يجب التمييز بين تسليم المبيع وبين انتقال حيازته. فقد يعتبر المشتري متسلماً للمبيع دون أن تكون له حيازته ، وذلك إذا وضع تحت تصرفه دون أن يستول عليه استيلاء مادياً . وفي هذه الحالة يعتبر المشتري مستوفياً لالتزام التسليم ، ولكنه لا يعتبر حائزاً للمبيع . فلا يستطيع أن يبدأ التقادم ، إذا كان قد اشترى من غير مالك ، ولم يستول منه على المبيع . وإذا كان المبيع منقولاً وكان المشتري حسن النية وقد اشترى من غير مالك ، فإنه لا يستطيع التمسك بالحيازة لتملك المنقول ما دام لم يستول عليه استيلاء مادياً . وإذا باع شخص منقولاً يمكنه من شخصين متعاقبين ، وأعطى لكل منهما إذن أن تسلمه من المخزن الذى يوجد فيه ، وسبق المشتري الثانى المشتري الأول إلى الاستيلاء. الفعل على المنقول ، فإنه يستطيع التمسك بالحيازة لتملك المبيع ، ولا يستطيع المشتري الأول أن يمتنع عليه بأنه تسلم المنقول أولاً بموجب إذن التسليم (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٤ ص ٤٩ - بودرى وسينيا فقرة ٢٩٨ - بلانيول وريبر وهامل ١٩ ص ٧٥ هامش ٢) .

هذا ويسمى التسليم الذى لم يقبض تسلم في بعض الأحيان تسلماً قانونياً ، تمييزاً له عن التسليم الفعلي الذى يقبضه التسلم (الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٧٦ ص ١٣٦) . ونؤثر أن نختص بمرارة التسليم الفعلي لكل تسليم مادي ، أعقبه التسلم أو لم يقبضه ، تمييزاً له عن التسليم المحلى الذى يتعرض له فيما بعد .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

للمبيع التزام في ذمة المشتري (١). (٢) أن يعلم البائع المشتري بوضع البيع تحت تصرفه على النحو المتقدم الذكر . وقد كان المشروع الجهلي للمادة ٤٣٥ مدني يقول في ذلك عن المشتري: « مادام يعلم أن المبيع قد أصبح تحت تصرفه » ، وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت بهذه العبارة عبارة: « ما دام البائع قد أعلمه بذلك » ، وقصد بهذا التعديل « ضبط الحكم » (٢) . ويظهر من ذلك أنه أريد ألا يكون علم المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه أو جهله بذلك محل منازعة بينه وبين البائع ، فرؤى ضبطاً للحكم أن يكون علم المشتري مستمداً من البائع نفسه حسباً لكل نزاع محتمل . فيجب إذن، حتى يتم التسليم، أن ينظر البائع المشتري أن المبيع قد وُضع تحت تصرفه . ولا يوجد شكل معين لهذا الإخطار ، فقد يكون بانذار رسمي إذا أراد البائع الاحتياط الشديد، وقد يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، وقد يكون شفويًا ولكن يقع على البائع عبء إثبات أنه قام بهذا الواجب وأنه أخطر المشتري فعلاً بوضع المبيع تحت تصرفه .

ومتى اجتمع هذان العنصران : فأن البائع يكون قد أتم تنفيذ التزامه بتسليم المبيع (٢)

### ٣٠٧ - تطبيقات في التسليم الفعلي : يبقى في التسليم الفعل أن نورد

بعض تطبيقات تبين كيف يكون وضع المبيع تحت تصرف المشتري على النحو الذي قدمناه ، سواء كان ذلك في العقار أو في المنقول أو في الحقوق المحردة .

(١) وقد يبدأ المشتري البائع قبض المبيع دون اعتراض من البائع ، فيكون هذا تسليمًا صحيحاً ويرى ذمة البائع من التزامه . ويقول التقنين المدني المراق في المبنى في الفقرة الثانية من المادة ٥٢٨ : « وإذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع وهو يقبض وسكت ، يعتبر إذنًا من البائع له في القبض » ( أنظر آتياً فقرة ٣٠٥ في الهامش ) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٠ — وانظر آتياً فقرة ٣٠٥ في الهامش .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٨ — ص ٦٩ — وفي بيع التجربة يتم بيع التسليم حتى قبل تجربة المشتري للمبيع ، فالتسليم غير التجربة وهو يستبها عادة ( الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٩٣ ص ٢٣٧ ) . ويجوز للبائع، لإتمام التسليم، أن يعرض المبيع على المشتري عرضاً حقيقياً ، وعرضه على المشتري أمام المحكمة البضاعة المبيعة هو عرض حقيقي ( نقض مدني ٨ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٠ ص ٣١٠ ) .

فاذا كان المبيع عقاراً ، فإن وضعه تحت تصرف المشتري يكون أولاً بتخليه البائع له . فاذا كان داراً يسكنها البائع ، وجب عليه أن تخلها وأن يخرج ماله من أثاث وأمتعة فيها . وإذا كانت أرضاً زراعية ، وجب عليه أن يتركها وأن يأخذ ماله فيها من مواش وآلات ونحو ذلك . فلا بد إذن من إخلاء العقار أولاً ، ثم يأتي بعد ذلك تمكين المشتري من الاستيلاء عليه . ويقع كثيراً أن يكون مجرد إخلاء العقار منطوياً في الوقت ذاته على تمكين المشتري من الاستيلاء عليه (١) ، ولكن قد يقتضى الأمر أن يسلم البائع المشتري مفاتيح الدار حتى يتمكن من دخولها (٢) ، أو مستندات ملكية البائع للدار أو الأرض حتى يتمكن المشتري من التصرف فيها (٣) ، أو عقود الإيجار الواقعة على الدار أو على الأرض حتى يتمكن المشتري من التعامل مع المستأجرين : أو بوالص التأمين حتى يتمكن المشتري من التعامل مع شركة التأمين ، أو ذلك كله أو بعضه بحسب ما يكون في يد البائع . وقد رأينا أن المادة ٥٧٣ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد - وقد حذفت لأنها مستفادة من القواعد العامة كما قدمنا (١) - كانت تنص على أن يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء .

وإذا كان المبيع منقولاً ، فإن وضعه تحت تصرف المشتري يكون عادة بمناولته إياه يداً بيد ، ويتيسر ذلك في المقول في أكثر الأحيان . ولكن قد يحصل ذلك أيضاً بتسليم المشتري مفاتيح منزل أو مخزن أو صندوق أو أى مكان

(١) فلا ضرورة لى حمل رمزي يصحب وضع المقار تحت تصرف المشتري ( استئناف مخطط ٧ يناير ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٤ ) .

(٢) استئناف مخطط ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٢٦ .

(٣) وليس من الضروري أن تكون مستندات الملكية كاملة قاطعة في أن البائع هو المالك المبيع ، فالبايع ملزم بتسليم المستندات التي معه المشتري ، فإذا تبين بعد ذلك أن هذه المستندات لا تقطع في ملكية البائع المبيع ، وتعرض أحد المشتري أو ظهر للبيع مستحق ، فنت ذلك يرجع المشتري على البائع بفحان التضرر أو الاستحقاق ( بلانويل وريبير وهامل ١٠ ققرة ٧٣ ) . ويجوز بالتأخر في تسليم البائع مستندات ملكيته المشتري لا يبرر فسخ البيع ( استئناف مخطط

٤ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٢٣ ) .

(٤) أنظر آتفاً ققرة ٤٤٠ في الخامس .

آخره يحتوى هذا المنقول (١) ، أو بتحويل سند الشحن أو الإيداع أو التخزين للمشتري إن كان المنقول مشحوناً أو مودعاً أو مخزوناً في جهة ما (٢) ، أو بتسليم هذا السند للمشتري إذا كان للسند لحامله (٣) . وقد يحصل ذلك بمجرد التخلية ، كما إذا كان المبيع محمولات لا تزال قائمة في الأرض أو ثماراً لا تزال فوق الأشجار ، فيخل البائع ما بينها وبين المشتري حتى يستولى هذا عليها (٤) . وقد يحصل ذلك بافراز الشيء المعين بنوعه فقط في حضور المشتري ودعوتيه لتسلمه ، ويقع الإفراز بالعد أو الكيل أو الوزن أو المقاس .

وإذا كان المبيع حقاً مجرداً ، كحق المرور ، فإنه يوضع تحت تصرف المشتري بتسليم سنده إن كان له سند سابق ، أو بالترخيص للمشتري في استعمال هذا الحق مع تمكنه من ذلك بازالة ما قد يحول بينه وبين المرور (٥) . قد يكون المبيع حقاً شخصياً لاحقاً عيلاً ، كما في حوالة الحق ، وعندئذ يوضع الحق تحت تصرف المحال له بتسليمه سند الحق لتكينه من استعماله في مواجهة المحال عليه (٦) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حيازة مفتاح الخزانة هي حيازة ورمزية لمنقول غير حاصل فعلاً في اليد ، وليست بذاتها دليلاً قطعاً على حيازة ما هو في الخزانة . وكون الشيء حاصلًا فعلاً في حوزة من يدعى حيازته أو غير حاصل فيها هو من الواقع الذي يحصله قاضي الموضوع في كل دعوى بما يترافق فيها من دلائل . وإذا كان القانون قد نص في باب البيع على أن تسليم المنقولات المبيعة يصبح أن يتم بتسليم مفاتيح الخازن الموضوعة فيها ، فإن هذا النص لا يمتنع من أن كل من يحمل مفتاحاً لخزانة يكون ولا بد حائزاً فعلاً لمحتوياتها ، لأن حل المفتاح لا يلزم عنه حقاً أن حمله مسلط على الخزانة . فحيث تدل الظروف على أن حامل مفتاح الخزانة كان مسلطاً فعلاً على ما فيها جاز اعتباره حائزاً وإلا فلا . وما يراء قاضي الموضوع في هذا الشأن هو رأى في مسألة واقعية يستغل هو بتقديرها ولا ينفع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة حمود رقم ١١٧ ص ٣٢٧) .

(٢) ويجوز للمشتري في هذه الحالة أن يحول السند إلى آخر ، ولاخر حق قبض المبيع المودع أو المخزون (استئناف غنطل ٢٤ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٦٤) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٤) بودري وسيثيا فقرة ٢٩٤ ص ٢٩٥ .

(٥) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٦) بيان ١١ فقرة ٣٨٧ - بودري وسيثيا فقرة ٢٩٧ ص ٣٠١ - وفي الأسهم والكيالات والشيكات لحاملها يكون التسليم بالمناولة ، وفي السندات والشيكات الإذنية يكون التسليم بالتظهير ، وفي السندات الإسمية لا يتم التسليم إلا بعد التقيد في دفاتر الشركة (م ٢٩ و ١٣٣ تجاري) .

ويتبين من هذه التطبيقات - كما تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع  
المهيدى (١) - أن طريقة التسليم تكيف حسب طبيعة المبيع (٢)

٣٠٨ - التسليم الحكى : ويقوم مقام التسليم الفعلى على النحو الذى  
قدمناه التسليم الحكى ، أو كما تدعوه المذكرة الإيضاحية للمشروع المهيدى (٣) ،  
التسليم المعنوى . والتسليم الحكى يتم - كما تقول الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥  
مدنى فيما رأينا - بمجرد تراضى المتعاقدين ، ويتراضيان على أن المبيع قد تم  
تسليمه من البائع إلى المشتري . ويتميز التسليم الحكى بذلك عن التسليم الفعلى  
بأنه اتفاق (convention) أو تصرف قانونى (acte juridique) ، وليس  
بفعل مادى .

وللتسليم الحكى صورتان : ( الصورة الأولى ) أن يكون المبيع فى حيازة  
المشتري قبل البيع ، بأجازة أو إعاره أو وديعة أو رهن حيازة أو نحو ذلك ،  
ثم يقع البيع . فيكون المشتري حائزاً فعلاً للمبيع وقت صدور البيع ، ولا يحتاج  
إلى استيلاء مادى جديد ليتم التسليم . وإنما يحتاج إلى اتفاق مع البائع على أن يبقى  
المبيع فى حيازته ، ولكن لا كمتأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن ،  
بل كمالك له من طريق الشراء . فتتغير نية المشتري فى حيازته للمبيع ، وإن كانت  
الحيازة المادية تبقى كما كانت (٤) . وهذه الصورة هى التى كان الفقهاء المذنبين  
السابق ( م ٢٧٢/٣٤٣ ) ينص عليها وحدها . ( الصورة الثانية ) أن يبقى المبيع  
فى حيازة البائع بعد البيع ، ولكن لا كمالك فقد خرج عن الملكية بفعل البيع ،  
بل كمتأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة أو غير ذلك مما  
يترتب على عقد يتم بين المشتري والبائع بعد البيع ويستلزم نقل حيازة الشيء  
من المشتري إلى البائع . فبدلاً من أن يسلم البائع المبيع للمشتري بموجب عقد البيع ،

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٦٩ .

(٢) لستانتف غطلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٦٩ .

(٣) مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٦٩ .

(٤) ويسمى هذا التسليم : tradition brevi manu .

ثم يعود إلى تسلمه من المشتري بموجب عقد الإيجار أو أى عقد آخر ، يبقى المبيع في يد البائع بعد أن يتفق الطرفان (١) على أن هذا يعد تسليماً من البائع للمشتري ثم إعادة حيازته من المشتري للبائع بموجب العقد الجديد الذى تلى عقد البيع . ويصح أن يكون هذا العقد الجديد عقد بيع ثان أو عقد هبة ، فيبيع المشتري الشيء للبائع بعد أن اشتراه منه أو يهبه إياه ، ومن ثم يبقى الشيء في حيازة البائع كالك له ، ولكن بعقد بيع جديد أو بعقد هبة لا على حكم الملك الأصل (٢) . وهذه الصورة الثانية لم يعرض لها التقنين المدنى السابق ، وشغلها الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ من التقنين المدنى الجديد فيما قدمناه .

وكلتا الصورتين الأولى والثانية ليست إلا تطبيقاً لمبدأ عام في انتقال الحيازة من شخص إلى آخر انتقالاً حكياً ، وقد ورد هذا المبدأ في المادة ٩٥٣ مدنى إذ تنص على أنه « يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واقعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة ، أو استمر الخلف واقعاً يده ولكن لحساب نفسه » (٣) .

وقد أورد التقنين المدنى العراقى صورة ثالثة للتسليم الحكيم يمكن الأخذ بها في مصر دون نص لأنها تتفق مع القواعد العامة ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٠ من هذا التقنين على ما يأتى : « وإذا أجره ( المشتري ) قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه العاقد ، قام هذا القبض مقام قبض المشتري » (٤) . وتتميز هذه الصورة عن صورتى التسليم الحكيم للتقنين ، بأن فيها انتقالاً مادياً لحيازة المبيع . كما تتميز عن التسليم الفعلى ، بأن الحيازة لا تنتقل مادياً إلى المشتري نفسه ، بل إلى شخص آخر بعد نائباً عنه في تسليم المبيع ، هو شخص تعاقد مع

(١) ويسمى هذا الاتفاق : *continuit possessorie* ( بودرى وسينيا فقرة ٢٩٤ ) .

(٢) رتنص الفقرة الأولى من المادة ٤٠٠ مدنى عراقى في هذا المعنى على أنه « إذا أجز المشتري المبيع قبل قبضه إل بائنه ، أو باعه منه ، أو وهبه إياه ، أو رهنه له ، أو تصرف فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض ، اعتبر المشتري قابضاً للمبيع » أنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ من الحاش .

(٣) أنظر المذكرات الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأملال التوضيحية ٤ ص ٦٩ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ ق الحاش .

المشتري واستلزم التعاقد أن يقبض المبيع هو أيضاً ، كاستأجر من المشتري أو مستعير أو مودع عنده أو مرتين رهن حيازة أو مشتر أو موهوب له . فيعد قبض هذا الشخص الآخر قبضاً فعلياً بالنسبة إلى العقد الذي أبرمه مع المشتري ، وقبضاً حكماً بالنسبة إلى عقد البيع ، ويقوم القبض الأول مقام القبض الثاني .

## ٥ ٢ - زمان التسليم ومكانه

### ٣٠٩ - زمان التسليم : كان للشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد

يشتمل على نص يبين زمان تسليم المبيع ، فكانت المادة ٥٧٨ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « يجب أن يتم التسليم في الوقت الذي حدده العقد ، فإذا لم يحدد العقد وقتاً لذلك وجب تسليم المبيع في الوقت الذي يتم فيه العقد ، مع مراعاة المواعيد التي تستلزمها طبيعة المبيع أو يقتضيها العرف » (١) . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة « لأنها مستفادة من القواعد العامة » (٢) .

والواقع من الأمر أن هذه المادة المحلولة يستفاد حكمها في غير عناء من القواعد العامة المقررة في الفصل المتعلق بالوفاء ، وتقروها المادة ٣٤٦ مدني على الوجه الآتي : ١٥ - « يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . ٢ - على أنه يجوز

---

(١) وكان هذا النص يقابل في التقنين المدني السابق المادة ٢٧٧/٣٤٨ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « يجب أن يكون التسليم في الوجه المدين له في العقد ، فإذا لم يشترط فيه شيء ، بهذا الخصوص وجب التسليم وقت البيع مع مراعاة المواعيد المقررة بحسب العرف » . وهذا نص يورد نفس الأحكام التي أوردها المشروع التمهيدى فيما قدمناه ، وإن لم يذكر صراحة المواعيد التي تقتضيها طبيعة المبيع ، ولكن هذه يمكن استخلاصها من اتفاق ضمنى بين المتبايعين . ولا يبرج في التقنين السوري ولا التقنين الليبي ولا التقنين العراقي نص مقابل ، فالقواعد العامة هي التي تفسر كما في مصر . وينص تقنين الموجبات والمقود البتاني في المادة ٧-١/٤ على ما يأتي : « يجب أن يكون التسليم في الوقت المدين له في العقد ، وإذا لم يبين وقت وجب التسليم على أثر إنشاء العقد مع مراعاة المهل التي تقتضيها ماهية المبيع أو العرف » . وهذا النص يخلق في حكمه مع حكم التقنين المصري .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧١ في الحاشي وص ٧٤ في الحاشي .

مقاضى فى حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال يتخذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق للبلدان من هذا التأجيل ضرر جسيم .

فالأصل إذن أن يتم التسليم فوراً بمجرد انعقاد البيع ، وهذا إذا لم يتفق المتبايعان على ميعاد معين يتم فيه التسليم ، أو كان هناك عرف يقضى بتسليم المبيع فى ميعاد معين ، أو اقتضت طبيعة المبيع شيئاً من الوقت فى تسليمه ، أو أهل القاضى البائع فى تسليم المبيع إلى وقت معين لوجود أسباب تبرر هذا الإهمال (١) .

والذى يقع عادة أن المتعاقدين يتفقان فى عقد البيع على ميعاد التسليم ، فيجب العمل بهذا الاتفاق . فإن لم يوجد اتفاق ، فقد يقضى العرف بالتسليم فى ميعاد معين ، ويقع ذلك كثيراً فى التعامل التجارى حيث يحدد العرف مهلة معينة لتسليم المبيع . فإن لم يكن هناك اتفاق ولا عرف ، واقتضت طبيعة المبيع تأخير التسليم إلى وقت معين ، كما إذا كان المبيع شيئاً غير معين إلا بنوعه وكان المفهوم أن البائع سيحصل على المقادير المبيعة من السوق ثم يسلمها بعد ذلك للمشتري ، فإن طبيعة المبيع هنا تقتضى أن يتأخر التسليم وفقاً معقولا يتيسر فيه البائع الحصول على المقادير المبيعة من السوق (٢) . فإن لم يكن هناك اتفاق أو عرف ولم تقتض طبيعة المبيع تأخيراً فى التسليم ، وجب أن يكون التسليم فوراً بمجرد انعقاد البيع كما قدمنا ، إلا إذا وجدت ظروف تبرر منح القاضى

- (١) نقض مدغ ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة رقم ٢ رقم ٩٣ ص ٢٧٣ .  
(٢) وإذا سكنت المشتري من دفعات من المبيع متأخرة بسبب أزمة طرأت ، ثم عاد بعد مدة طويلة حينما ارتفعت الأسعار يطالب بالتأخير ، لم يحق له ذلك لأن سكوت دليل على نزوله عن حقه ( استئناف مخطط ١٩ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦٤ ) . ولا يستحق تعويض من تأخر البائع فى تسليم المبيع إلا بعد الإصدار ( استئناف مخطط ٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٠٠ ) . ولا حاجة للإصدار إذا كان البائع قد أرسل البضائع فى وقت متأخر مما يتحتم معه تأخرها من ميعاد التسليم ( استئناف مخطط ٢٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٦٨ ) . ولكن الأصل هو ضرورة إصدار البائع المتأخر فى التسليم ( استئناف مخطط ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٠ - ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧ - ١٠ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٦ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٣ - ٤ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٨ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٩٧ - ٢٣ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٩ ) .



البائع مهلة في التسليم ، كما إذا كان المبيع بضاعة يستوردها البائع وقد تأخرت في الطريق وكانت الظروف تشفع للبائع في أن يمنحه القاضى هذه المهلة .

على أنه يلاحظ أن الثمن إذا كان مستحق الدفع ولم يدفعه المشتري ، فللبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع حتى يستوفي الثمن (١) ، حتى لو منح المشتري نظرة الميسرة . وهو في ذلك يستعمل حتى حسن المبيع المقرر له ، والذي ستعرض له تفصيلاً فيما يلي .

### ٣١٠ - ملأه التسليم : كان المشروع التهديد للتقنين المدني الجديد

يشتمل أيضاً على نص يعين مكان تسليم المبيع ، فكانت المادة ٥٧٩ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : ١ - يجب أن يتم التسليم في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت تمام العقد ، ما لم يتفق على غير ذلك . ٢ - فإذا كان المبيع منقولاً ولم يعين محل وجوده ، اعتبر موجوداً في موطن البائع (٢) . وقد حذفت هذه

(١) فلم تسلم المشتري المبيع دون إذن البائع وقبل أن يدفع الثمن الحال ، لم يكن ذلك التسليم صحيحاً ، وجاز للبائع استرداد المبيع . ولكن إذا ملك المبيع في هذه الحالة وهو في يد المشتري قبل أن يسترده البائع ، كان المالك حل المشتري ( م ٢٤٥/٢٧٤ مدني سابق ، وهي تطبيق لقواعد العامة لمصرى حكمها دون حاجة إلى نص ) .

وإذا اشترط مهاد دفع الثمن دون أن يشترط مهاد لتسليم المبيع ، وجب تسليم المبيع فوراً بمجرد البيع وتأخير الثمن إلى حلول أجله ( استئناف مخطوط ٦ نولبر سنة ١٩١٢ م ٢٦ ص ١٤ ) . وإذا حان مهاد التسليم ولم يتم ، كان البائع مسؤولاً عن التصويض إلا إذا منعه عن ذلك قوة القاهرة كتأخر طرود البريد بسبب الحرب ( استئناف مخطوط ١٥ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٢ - وعلى البائع إثبات القوة القاهرة ( استئناف مخطوط ١٢ أبريل ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥١ - أنظر أيضاً في تأخر البائع في التسليم بسبب القوة القاهرة أو خطأ من : استئناف مخطوط ٨ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٢٣ - ١ مايو سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٣٠٦ - ٧ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٤ - ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٦ - ٣٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٢ - ٧ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٤ ) .

(٢) وكان هذا النص يقابل في التقنين المدني السابق المادة ٢٤٦/٢٧٥ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « يجب تسليم المبيع في محل وجوده وقت البيع ، ما لم يشترط ما يخالف ذلك » . وهذا الحكم يتفق مع الحكم المقرر في المادة المجلوفة . وكانت المادة ٢٤٧/٢٧٦ من التقنين المدني السابق تنص على ما يأتي : « إذا تعين في عقد البيع محل لوجود المبيع فيه فغير محل وجوده الحقيقي ، فيكون هذا التعيين ملزماً للبائع بنقل المبيع إلى المحل المعين إذا طلب المشتري »

المادة أيضاً ، لأنها مستفادة من القواعد العامة (١) .

والنص المحذوف يستفاد حكمه فعلا من القواعد العامة المقررة في فصل الوفاء ، وتقرر لها المادة ٣٤٧ مدنى على الوجه الآتى : ١ - إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ملزم بوجود اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . ٢ - أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال .

فالأصل إذن ، إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات ، أن يكون التسليم فى المكان الذى يكون هذا الشيء موجوداً فيه وقت انعقاد البيع (٢) . وقد يكون الشيء المعين بالذات منقولاً لم يبين مكان وجوده وقت البيع ، فالمفروض عندئذ أن المتقول يصحب البائع حيث يقيم ، فيكون مكان تسليمه فى موطن البائع أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله إذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال . أما إذا كان المبيع شيئاً غير معين بالذات بل معيناً بنوعه ، أو كان حقاً مجرداً

فذلك . وفى حالة ما إذا لم يمكن النقل أو ترقب عليه تأخير مضر بالمشتري ، يكون له الحق فى فسخ البيع مع أخذ التضمينات إذا كان البائع حصل منه تدليس . وهذا النص مجرد تطبيق للقواعد العامة ، فيسرى حكمه دون حاجة إلى نص ( الأستاذان أحد - تطبيقاً للحلال ومحدد زك فقرة ١٠٣ ) .

ولا يوجد فى التقنين السورى ولا فى التقنين الليبى نص مقابل ، فالقواعد العامة هى التى تسرى كما فى مصر . وتنص المادة ٥٤١ من التقنين المدنى العراقى على أن : ٢ - مطلق العقد يقتضى تسليم المبيع فى المثل الذى هو موجود فيه وقت انعقاده . وإذا كان المبيع منقولاً ولم يبين محل وجوده ، اعتبر مكانه محل إقامة البائع . ٢ - أما إذا اشترط فى العقد على البائع تسليم المبيع فى محل معين ، لزمه تسليمه فى المثل المذكور . والنص تطبيق للقواعد العامة ، وينطبق مع الأحكام التى تسرى فى مصر . وتنص المادة ٥٠٥ من تقنين الوجبات والعقود الليبانى على أنه : يجب تسليم المبيع فى محل وجوده وقت إنشاء العقد . ما لم يشترط العكس - إذا حينئذى عقد البيع محل لوجود المبيع غير المثل الذى يكون فيه حقيقة ، ويجب على البائع أن ينقل المبيع إلى المثل المعين إذا طلب المشتري نقله . وهذا النص أيضاً تطبيق للقواعد العامة ، وينطبق مع الأحكام التى تسرى فى مصر .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٢ فى المباحث وص ٧٤ فى المباحث .

(٢) استئناف غلط ١٠ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٣ .

كحق شخصي حوله الدائن ، فان التسليم يكون في موطن البائع أو في مركز أعماله إذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال ، وذلك تطبيقاً للقاعدة التي تقضى بأن الدين يسمى إليه (portable) ولا يسمى (quérable) . وهذا كله مالم ينفق المتبايعان على مكان آخر يسلم فيه المبيع ، فيجب حينئذ العمل بهذا الاتفاق . فإذا عين للمبيع مكان وجود غير مكان وجوده الحقيقي ، كان هذا بمثابة اتفاق على أن يكون التسليم في هذا المكان المعين ، وكان البائع ملزماً بنقل المبيع مع مكانه الحقيقي إلى المكان المعين .

### ٣١١ - زمان تسليم المبيع المصدر وملاء - نص قانوني :

وقد ينص القانون ، في حالات خاصة ، على تعيين زمان التسليم ومكانه . من ذلك نصت عليه المادة ٤٣٦ ملني ، في خصوص المبيع إذا وجب تصديره للمشتري ، من أنه إذا وجب تصدير المبيع للمشتري ، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ، مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك (١) .

فإذا كان المبيع يجب تصديره إلى المشتري في مكان غير المكان الذي هو فيه ،

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧٧ من المشروع التمهيدى مل الوجه الذي استقر عليه في التفتين الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤٩ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٦ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ) ص ٧١ وص ٧٣ - وص ٧٤ ) .

ولا مقابل لهذا النص في التفتين المدني السابق ، زمن ثم كانت القواعد العامة هي التي تسرى ، فيكون مكان التسليم هو موطن البائع - أي مكان التصدير لا مكان التوريد - لأن البائع هو المدين بالتسليم ، وكذلك زمان التسليم هو زمان الإرسال لا زمان الوصول ( انظر آتفاً بقرة ٢٤٨ ) . ومقابل النص في التفتين المدني السوري المادة ٤٠٤ ( مطابقة للتفتين المصري ) - وفي التفتين المدني الليبي المادة ٤٢٥ ( مطابقة للتفتين المصري ) - ولا مقابل له في التفتين المدني العراقي ( تسرى القواعد العامة وهذه تقضى بمكان التصدير وزمان الإرسال ) - ودون تفتين الموجبات والمقود الثاني المادة ٤٠٦ وتجري مل الوجه الآتي : « إذا كان من الواجب إرسال المبيع من مكان إلى آخر ، فالتسليم لا يتم إلا ساعة وصول المبيع إلى المشتري لم إلى محله . وهذا الحكم يتفق مع حكم التفتين المدني المصري الجديد . ويتساند مع المادة ٤٠٩ الآتفة الذكر المادة ٣٩٩ من نفس التفتين الثاني ، وتجري مل الوجه الآتي : « يتحمل البائع مخاطر المبيع ن مدة سفره إلى أن يستلمه المشتري ، ما لم يكن هناك نص مخالف » .

كيفية بيعها يشحنها للبائع للمشتري ، فان القواعد العامة التي قلعتها كانت تقضي بأن يكون التسليم في مكان محطة الشحن لأنها مركز أعمال البائع المدين بالتسليم ، فيتم التسليم في هذا المكان وفي وقت الشحن . وفي هذا الوقت أيضاً يتم إفراز المبيع إذا كان في الأصل شيئاً غير معين إلا بنوعه ، فتنتقل الملكية إلى المشتري وتكون تبعة الهلاك عليه في الطريق . وتزى من ذلك أن واقعة الشحن هذه كانت ، طبقاً للقواعد العامة ، تحدد وقت إفراز المبيع ووقت نقل ملكيته ووقت التسليم ومكانه ومبدأ انتقال تبعة الهلاك إلى المشتري . ولكن المادة ٤٣٦ مدني المتقدمة الذكر جاءت استثناء من هذه القواعد العامة . فإلا يفتى المتابعان على أن يكون التسليم عند الشحن أو عند التفريغ وفي هذه الحالة يعمل بهذا الاتفاق ، فان النص يقضي بأن يكون التسليم عند وصول المبيع إلى المشتري أي عند التفريغ ، ويكون ذلك في موطن المشتري الذي هو دائن بالتسليم ، لا عند الشحن الذي هو موطن البائع وهو المدين بالتسليم .

ومن ثم يجب التمييز في هذا الصدد بين الشيء المعين بالذات والشيء المعين بتبوعه . فإذا كان المبيع المصدور متقولاً معيناً بالذات ، انتقلت ملكيته إلى المشتري بمجرد البيع ، وكان زمان التسليم ومكانه عند التفريغ وفي محطة الوصول ، وكانت تبعة هلاكه على البائع قبل التسليم . فيكون خطر الهلاك في الطريق على البائع لا على المشتري . أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بتبوعه ، ويطلب أن تكون بضاعة يصدرها تاجر إلى تاجر آخر ، فان ملكية البضاعة لا تنتقل إلا بالإفراز ، والإفراز يتم عند التسليم . وزمان التسليم يكون في هذه الحالة أيضاً وقت التفريغ (١) ، ومكانه محطة الوصول . فتنتقل الملكية إذن عند التفريغ ، ولما كان

---

(١) ويرى المؤلف والرف في تقدير الزمن الذي تصل فيه البضاعة المصدرة (استئناف مخطط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٩) ، تأخر نحو شهرين في وصول البضاعة المصدرة من ميناء بعيد يكون منفراً (استئناف مخطط ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣١) . وتجديد زمن الوصول مع اقتران التجديد بتسليم ، كأن يقول « إذا أمكن » ، ينتظر فيه أن يكون الزمن ثلاثة أسابيع المؤلف (استئناف مخطط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ٧٤ ص ٢٦٤) . وإذا اشترط المشتري وصول البضاعة في وقت معين وإلا كان البيع مفسوخاً ، كان للمشتري الحق في رفض البضاعة التي وصلت بعد الميعاد ، وليس عليه إعداء البائع (استئناف مخطط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٢٤) .

خطر هلاك البضائع التي تخرج من مخزن البائع في الطريق على من يملكها (٩٤ تجارى) ، فان تبعة الهلاك تكون على البائع إذ هو المالك إلى أن تصل البضائع محطة التفريغ (١)

### ٣٥ - نفقات التسليم

٣١٢ - نفقات تسليم المبيع على البائع : وكان المشروع التمهيدى يشتمل كذلك على نص يبين من تكون عليه نفقات تسليم المبيع ، فكانت المادة ٨٠ من هذا المشروع تنص على أن « نفقات التسليم على البائع إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك ، ويخل في هذه النفقات ما صرف على المبيع في نقله إلى مكان التنفيذ وفي مقاسه ووزنه وحزمه » (٢) وقد حذفت هذه المادة هي أيضاً لأنها مستفادة من القواعد العامة (٣) .

والنص المحذوف يستفاد حكمه فعلاً من القواعد العامة ، وتقررها المادة ٣٤٨ ملئى في فصل الوفاء على الوجه الآتى : « تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

(١) أنظر آتياً فقرة ٢٤٨ - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٢ .

(٢) ويقابل هذا النص في التفتين المدنى السابق المادة ٢٨٣/٣٥ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « مل البائع مصاريف تسليم المبيع ، كأجرة نقله لحل التسليم وأجرة كيله ومقاسه ووزنه وغير ذلك » . وهذا الحكم يفتق مع حكم النص المحذوف .

ولا مقابل للنص لا في التفتين السورى ولا في التفتين الليس ، تفسر القواعد العامة كما في مصر ، وتكون مصروفات التسليم مل البائع إذا لم يكن اتفاق أو عرف مخالف . وفي التفتين المدنى العراق تنص المادة ٤٢٢ على أن « تكاليف تسليم المبيع كأجرة الكيل والوزن تنظم البائع وحده ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » . وهذا الحكم يفتق مع القواعد العامة . وفي تفتين الموجبات والعهود الليانى تنص المادة ١٢٢ على أن « يتحمل البائع - إذا لم يكن نص أو عرف مخالف - : أولاً - مصاريف التسليم كأجرة القياس أو الوزن أو لمد أو تعيين الحجم - ثانياً - المصاريف اللازمة لإنشاء الحق أو نقله إذا كان المبيع غير مادي » . وهذه الأحكام تتفق مع أحكام القانون المصرى .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٣ - ص ٧٤ .

فالأصل إذن أن البائع - وهو المدين بالتسليم - هو الذى يتحمل نفقاته .  
ويدخل فى هذه النفقات مصروفات الوزن والمقاس والكيل والعد إذا كان المبيع  
لا يفرز إلا بأحد هذه الطرق ، فإن الإفرز عملية ضرورية للتسليم تسبقه ومعهده .  
ويدخل أيضاً فى نفقات التسليم مصروفات حزم المبيع ونقله إلى مكان التسليم  
إذا لم يكن هذا المكان حيث يوجد المبيع فعلاً ووجب نقله إلى مكان آخر .  
ويدخل كذلك فى نفقات التسليم مصروفات إرسال مفاتيح الدار المبيعة ،  
أو مفاتيح المكان الذى يوجد فيه المبيع ، إلى المشتري . وإذا كان على المبيع  
تكاليف تحملها البائع كما إذا كان بضاعة مستوردة ويجب دفع الرسوم الجمركية  
عليها حتى يتسلمها البائع ليسلمها للمشتري ، فتكون الرسوم الجمركية  
على البائع (١) . وكل مصروفات أخرى يستلزمها وضع المبيع تحت تصرف  
المشتري حتى يتم التسليم تكون على البائع .

وهذا إذا لم يكن هناك اتفاق أو عرف يجعل مصروفات التسليم على المشتري  
لا على البائع . فأجرة عداد النور أو المياه مثلاً - وهى مصروفات لإفرز المبيع -  
تكون فى الأصل على البائع ، أى على شركة النور أو شركة المياه (٢) ، ولكن  
كثيراً ما يقضى الاتفاق بأن تكون أجرة العداد على المستهلك . كذلك قد يقضى  
للعرف بأن يكون الوزن والكيل ونحو ذلك على المشتري لا على البائع ، أو مناصفة  
بين المشتري والبائع .

### ٣١٣ - نفقات تسليم المبيع على المشتري - اهـ : وسنرى أنه إذا كان

تسليم المبيع التزاماً فى ذمة البائع ، فإن تسلمه التزام فى ذمة المشتري ( م ٤٦٤ مدنى )  
ومن ثم تكون مصروفات التسليم - ك مصروفات نقل المبيع من مكان التسليم  
إلى الجهة التى يريد بها المشتري ورسوم المرور والتراخيص والدخولية وغير ذلك -

---

(١) فإذا زادت الرسوم الجمركية فى الفترة ما بين البيع ودفع هذه الرسوم ، لم يكن البائع  
حق فى زيادة الثمن ، كما أنها إذا نقصت لم يكن للمشتري حق فى إنقاص الثمن ( قاروب بلانيول  
روبير وهامل ١٠ ص ٧٩ هامش ١ ) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٢ .

على المشتري لا على البائع ، إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يجعل هذه المصروفات على البائع . واستعود إلى ذلك عند الكلام في تسلم المشتري للمبيع (١) .

### المطلب الثالث

الجزاء على الإخلال بالتزام التسليم  
(تجاة هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم)

#### ٣١٤ - التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض في المالتبع :

وإذا أخل البائع بالتزام التسليم على النحو الذي قدمناه ، فامتنع عن التسليم ، أو سلم المبيع في غير الحالة التي كان عليها وقت البيع ، أو تأخر في التسليم عن زمانه ، أو أراد تسليم المبيع في غير مكانه ، أو ارتكب أية مخالفة أخرى لأحكام التسليم التي سبق أن بسطناها (٢) ، فإن المشتري يستطيع أن يطالبه بالتنفيذ العيني

(١) انظر ما يدل فقرة ٤٢٤ .

(٢) كان يكون البائع لم ينف بالثمن إلى يائه فلم يضمن من أخذ المبيع وتسليمه للمشتري (استئناف غخط ١١ نوفمبر ١٩٠٣ م ١٦٦ ص ٥) ، أو كان يكون البائع قد تصرف في المبيع ولا يمكنه الحصول على مثله ، وفي هذه الحالة إذا أخطر البائع المشتري بذلك لم تمدد حاك حاجة لأن يعطى المشتري البائع (استئناف غخط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦٦ ص ١٦٧) ، ولو كان يكون البائع لم يسلم ملحقات المبيع (استئناف غخط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ١٤) . ويستحق التعويض بمجرد ثبوت أن سر البضاعة وقت وجوب التسليم أهل من الثمن (استئناف غخط ٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٥) . ويعد بالسر وقت وجوب التسليم لا وقت المطالبة التي قد تتأخر (استئناف غخط ١٤ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٣٧٦ - ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٩٥ - ٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٨) . وإذا وجب تسليم المبيع على دفعات ، نظر إلى وقت وجوب التسليم بالنسبة إلى كل دفعة (استئناف غخط ٢١ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٠٩) . ويجب على البائع الحصول على المبيع (التخلف) وقت وجوب التسليم وإلا تحمل الفرق (استئناف غخط ٣ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١١٨) . والتعويض عن تأخر البائع في تسليم المبيع هو ثمرات الربح من وقت البيع إلى وقت التسليم بعد خصم فوائد ما تبقى من الثمن غير مدفوع (استئناف غخط ١٢ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٢٧) . وفي بيع القطن إذا اشترط المشتري عند عدم التسليم مبلغاً معيناً أو دفع الفرق في السر ، لم يحز المشتري أن يجمع بين التوضيحين بل عليه أن يختار أحدهما ، وفي حساب الفرق في السر يجب الاحتداد باليوم الذي كان يجب تسليم القطن فيه (استئناف غخط ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٥٩ - ٢١ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٦٤) .

إذا كان ذلك ممكناً ، كما يستطیع أن یطلب فسخ البیع والقاضی سلطة تقديرية فی إجابته إلى طلبة ، وله أن یطلب فی الخالتین تعویضاً عما عسى أن یکون قد أصابه من الضرر من جراء إخلال البائع بالتزامه (١) . وكل هذا یکون طبقاً

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المشتري عند تأخر البائع فی التسليم الخیار بین التخليل العيني أو طلب الفسخ مع التضمینات فی الخالتین . وليس فی رفع الدعوی بلی من هذين الطلین نزول عن الطلب الآخر . وليس البائع أن یجج بأن المشتري لم يدفع الثمن مع أن المتفق علیه دفع الثمن قبل التسليم إذا كان الثابت أن البائع لم ید استعداده لتسليم حتى بعد إنذاره من المشتري أن للمشتري حل استعداده لفسخ كامل الثمن عند تسلمه المبیع بالسعر المتفق علیه كما اشترط فی البیع ( نقض مدنی ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٨ ص ٢٢٣ ) . وقضت أيضاً بأنه متى كانت المحكمة إذ قضت برفض الدعوی التي أقامها الطامن بطلب فسخ البیع قد أقامت قضاها على أن الدقیق موضوع البیع شسناً سليماً غیر مصاب بالتلف الذي وجد به عند تحلیله ، وأن التأخير فی تقريره شحنة السفينة وفی وصول وثائق الرسالة كان راجعاً إلى ظروف الحرب ، وأن البائنة بمجرد علمها بتفريق الدقیق لم نأل جهداً فی سبیل الحصول حل إذن تسليم یحل حل حافظة الشحن التي تأخرت ، وأن هناك عوامل تعجت ولم یکن البائنة دخل فیها حالت دون وصول الدقیق إلى المشتري وسببت تأخير البید فی عملية التخليل ، وأنه حل فرفض حصول أضرار غزيرة أثناء تخزين الدقیق فی المرأه لدى شركة الاستیعاد وكانت من عوامل زیادة تلفه فلا یصح أن تسأل عنه البائنة لأنه هكذا كان نظام التخزين فی المرأه بحکم الضرورة فی ذلك الوقت ، فهذا تحصيل موضوعی سائق (نقض مدنی ٢٢ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٧ ص ١٠٨٨) .

ولا یجوز للمشتري فسخ البیع أو طلب تعویض لتأخر البائع فی التسليم إلا إذا أخطر البائع ( استئناف مصر ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١ ص ١٤٥ - استئناف غنطلط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٠٢ - ٢٠ يولية سنة ١٨٩٤ م ١ ص ٣١٧ - ١٨٢ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٧٦ - ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٧ م ١٥ ص ١١ - ١٧ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٣ - ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٩ ص ٢٤٥ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٤ ) . فإذا لم یعتبر المشتري البائع ورفع علیه دعوی الفسخ والتعویض ، ولم یتمسك البائع بعدم الإضرار بل ناقش المشتري فی نتائج عدم تنفيذه لالتزامه ، لم یمد البائع بمد ذلك الحق فی النكاح بعدم الإعذار ( استئناف غنطلط ٢٦ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٧٨ ) . وإذا رفع المشتري دعوی الفسخ وجب علیه أيضاً طلب التعویض ، فلا یستبقى دعوی التعویض إلى دعوی مستقلة یرفعها بعد دعوی الفسخ ( استئناف غنطلط ٢٠ يونيو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٤٨ ) . ولا یجوز للمشتري طلب الفسخ إذا كان إخلال البائع بالتزامه إخلالاً غیر جسيم ، كما إذا تأخر فی تسليم مستندات ملكية المبیع ( استئناف غنطلط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٤ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٥٢ ص ١٩٣ - أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٨ ) ، أو سلم أكثر المبیع بمد انتفاء صمد التسليم =



للقواعد العامة التي قررتها في نظرية العقد وفي نظرية تنفيذ الالتزام (١) .  
فإذا تأخر البائع عن التسليم مثلا ، كان للمشتري أن يطالبه بالتعويض عما أصابه  
من ضرر بهذا التأخر (٢) ، كأن يكون المبيع بضائع وخص سعرها عند تسلم  
المشتري لإيائها متأخرة وكان يستطيع بيعها بضمن أعلى لو أنه تسلمها في  
الميعاد (٣) . بل يجوز للمشتري ، طبقاً للقواعد العامة ، أن يشتري البضائع التي  
امتنع البائع عن تسليمها ، ويكون ذلك على نفقة البائع . ويحصل البائع على  
إذن من المحكمة قبل الشراء ، وعند الاستعجال يجوز له دون إذن ، لكن بعد

== استئناف مخطط ٢٦ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٦ ) . وإذا كان البائعون متعددين  
وكانوا متضامنين في التزامهم نحو المشتري ، وحصل المشتري حل فسخ البيع لإخلالهم بهذه  
الالتزامات ، كانوا متضامنين في التعويض للمشتري ( استئناف مخطط ٢١ مايو  
سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣١٩ ) .

(١) وقد ينطبق المتباينان في عقد البيع حل أنه إذا تأخر البائع في تسليم المبيع كان المشتري  
فسخ العقد ، ومثل هذا الاتفاق يجعل الفسخ من خيار المشتري ، فإذا اختاره أجابه القاضي إلى  
طلبه وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن ، ولكن يجوز ألا يختار المشتري الفسخ في هذه الحالة  
ويحل منه إلى طلب التنفيذ ( بلاتيوك وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٢ — الأستاذ عبد الفتاح  
عبد الباقي فقرة ١٢٦ ص ٢٠٠ — ص ٢٠١ ) . وقد يكون البيع عقد توريد ، فيورد  
البائع السلعة للمشتري بكميات معينة في أوقات دورية ، فلا يتناول الفسخ ماسبق لتورده من  
الكميات إلا إذا كان العقد غير قابل للتجزئة ( أوربي ورو ٥ فقرة ٣٥٤ ص ٥٢ — دى باج ٤  
فقرة ١٠٤ — أنسيكلوبيدى دالوز vente فقرة ١١٨٤ — الأستاذ محمد كامل مرسى  
فقرة ١٥٥ مكررة ص ٢٦٩ ) . وإذا رفع المشتري دعوى الفسخ لتأخر البائع في التسليم ،  
ثم عرض البائع أن يسلّم المبيع ، فإن هذا العرض لا يثبت معه رفض دعوى الفسخ ( استئناف  
مخطط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧١ ) .

(٢) استئناف مخطط ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٤ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢  
م ١٤ ص ٢٦٤ — ٣ يولية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣١ — ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧  
ص ١٠ — ١٠ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٥ — ١٥ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠  
ص ١٧٧ ) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن المشتري الذي باع العين إلى اشتراها بأزيد  
من الثمن الذي اشتري به أن يرجع حل البائع في حالة الحكم بفسخ البيع ، ليس فقط بالثمن الذي  
دفعه إليه ، بل بالتضمينات أيضاً . ومن ضمن هذه التضمينات الفرق بين الثمن الذي اشتري به  
والثمن الذي باع به للتبر ( استئناف وطني ديسمبر ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٢٠ / ١١٦ ) .

إعذار البائع ، أن يشترى البضائع على نفقته (١) .

ولما كان الالتزام بالتسليم التزاما بتحقيق غاية كما قدمنا ، فإن البائع إذا لم يسلم المبيع للمشتري ، حتى لو كان ذلك راجعاً إلى سبب أجنبي ، كما إذا هلك المبيع أو تلف بقوة قاهرة أو حادث فجائي ، فإن البائع يكون مع ذلك لم يحم بالتزامه بالتسليم فيصبح مسئولاً عن ذلك . ومن ثم تكون تبعة هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم على البائع لا على المشتري ، وهذا ما تنتقل الآن إليه ، فنستعرض حالة هلاك المبيع هلاكاً كلياً ، ثم حالة هلاكه هلاكاً جزئياً أو نقص قيمته لتلف أصابه (٢) .

## ١٦ - تبعة الهلاك الكلي قبل التسليم

٣١٥ - النصر في القانونية : تنص المادة ٤٣٧ من القانون المدني

على ما يأتي :

« إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع » (٣) .  
ويقابل هذا النص في القانون المدني السابق المادة ٣٧١/٢٩٧ (٤) .

(١) على أنه لا يجوز للمشتري أن ينتظر مدة طويلة ، حتى إذا ما ارتفع السعر طالب بالتنفيذ للمعنى ، بل يعتبر انقضاء هذه المدة للطولة بمثابة حلوله من طلب التنفيذ المعنى إلى طلب الفسخ ( استئناف مخطط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٩ - أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٤٧ ) .

(٢) وينقضى بالتقادم التزام البائع بالتسليم ، ومدة التقادم خمس عشرة سنة من وقت نفاذ الالتزام بالتسليم ( استئناف مخطط أول يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧٢ - ٣ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٠ ) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٨١ من المشروع النهائي على وجه مطابق لما استقر عليه في القانون المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٥٠ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس للشيخ تحت رقم ٤٣٧ ( مجموع الأعمال التشريعية ٤ ص ٧٥ ص ٧٦ ) .

(٤) القانون المدني السابق : م ٣٧١/٢٩٧ : إذا هلك المبيع قبل التسليم ولو بدون تقصير البائع أو إهماله ، وجب فسخ البيع ورد الثمن إن كان دفع ، إلا إذا كان المشتري قد دعى لاستلام المبيع بورقة رسمية أو بما يقوم مقامها أو بحضرة نص العقد . =

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٤٠٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٦ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٤٧ - ٥٤٨ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٩٦ - ٤٠٠ (١) .

== (والمحك يتفق مع حكم التقنين الجديد . ومع ذلك أنظر المادة ٢٠٧/٢٤١ مدني سابق ، وكانت تجعل ثمة الهلاك في الشيء غير المبيع إلا بنوعه على المشتري بعد الإفراز ، ولكن لما كان يطلب أن يتم الإفراز وقت التسليم ، فقد كانت ثمة الهلاك هنا أيضاً تنتقل للمشتري عند التسليم في الغالب . الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٨٧ ص ٣١٤ ) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٠٥ ( مطابقة لمادة ٤٣٧ من التقنين المدني المصري - وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٣٤ ) .  
التقنين المدني الليبي م ٤٢٦ ( مطابقة لمادة ٤٣٧ من التقنين المدني المصري ) .

التقنين المدني العراقي م ٥٤٧ : ١ - إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبله المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري ، إلا إذا حدث الهلاك بعد إظهار المشتري لتسلم المبيع : وإذا نقصت ثمة المبيع قبل التسليم لثقت أصابه ، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع إنقاص الثمن ، ٢ - على أنه إذا كان هلاك المبيع أو نقص ثمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البائع ، وجب دفع الثمن كاملاً في الحالة الأولى وإلزام البائع بالتصويف في الحالة الثانية . م ٥٤٨ : ١ - ما يقبض على سوم للشراء مع تسمية الثمن إذا هلك أو ضاع في يد المتناقص ، نرزمه الضمان . أما إذا لم يسلم له ثمن كان أمانة في يده ، فلا يقبض إذا هلك أو ضاع دون تعد أو تقصير منه .

٢ - وما يقتض على سوم النظر ، سواء بين ثمنه أو لم يبين ، يكون أمانة في يد المتناقص ، فلا يقبض إذا هلك دون تعد .

( وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري - ورزید التقنين العراقي بأن يبين من يتحمل ثمة الهلاك في القبض على سوم الشراء والقبض على سوم النظر ، مستنداً ذلك من أحكام الفقه الإسلامي . وأنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٩١ - فقرة ١٩٣ والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٠٩ فقرة ٤٣٤ ) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٩٦ : يجب على المشتري منذ صيرورة العقد تاماً -

مالم يكن ثمة نص مخالف - أن يتحمل : أولاً . - ثانياً - مخاطر المين الميئة . م ٣٩٧ : إذا انعقد البيع على شيء معين بنوعه فقط ، أو انعقد على شرط الوزن أو العدد أو للقياس أو التجربة أو للذوق ، أو انعقد بمجرد الوصف ، فالبايع يثبت متحملاً لمخاطر المبيع وإن كان قد أصبح بين يدي المشتري ، إلى أن يمين أو يوزن أو يمد أو يقاس أو إلى يقبله الشاري أو يملكه .

م ٣٩٨ : إذا كان البيع تحويراً وقد ميئت مهلة للاختيار ، فالشاري لا يتحمل المخاطر إلا بعد وقوع الاختيار ، مالم يكن ثمة نص مخالف .

### ٣١٦ - تحمل البائع تبعه الهلاك قبل التسليم مترتب على التزام

بالتسليم : قدمنا أن التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام بتحقيق غاية ، لأنه التزام متفرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع ، ويترتب على أن الالتزام بالتسليم التزام بتحقيق غاية أن تبعه هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع ، ولو كان المشتري قد أصبح مالكا للمبيع قبل هلاكه .

وقد قدمنا في الجزء الثاني من الوسيط (١) أن الالتزام بالتسليم قد يكون التزاما مستقلا ، أى غير متفرع عن التزام الملكية ، كالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر والتزام المستأجر بردها للمؤجر ، وفي هذه الحالة يكون هلاك الشيء الواجب التسليم على مالكة ولو هلك قبل التسليم . فإذا هلكت العين المؤجرة قبل أن يسلمها المؤجر للمستأجر ، فانها تهلك على المؤجر باعتباره المالك . وكذلك إذا هلكت هذه العين قبل أن يردها المستأجر للمؤجر ، فانها تهلك على المؤجر أيضاً باعتباره المالك . ذلك أن الأصل في الهلاك أن يكون على المالك (res perit domino) ، فهو الذى يكسب النعم ، وهو الذى يتحمل النعم .

لكن إذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً متفرعاً عن الالتزام بنقل الملكية كالتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري ، فالأصل أن الهلاك (٢) يكون على المدين

---

= م ٣٩٩ : يحمل البائع مخاطر المبيع في مدة سفره إلى أن يتسلمه المشتري ، ما لم يكن هناك نص مخالف .

م ٤٠٠ : إذا بيع ثمر على شجر أو منتجات بستان أو محصول لم يحن وقت اجتناؤه ، فالثمر أو يقول تبقى صيانة البائع إلى أن يتم التفريج .

أنظر أيضاً المادتين ٤١٥ - ٤١٦ من التفتين اللتان وسيأتى ذكرهما . ( وأحكام التفتين اللتان تختلف من أحكام التفتين المصرى ، وتتفرع أحكام التفتين الفرنسى ، في أنها تجعل تبعه الهلاك قبل التسليم على المشتري ، إلا إذا كان المبيع لم يتبين أو لم يقبله المشتري نهائياً ) .

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٠ - فقرة ٤٣١ .

(٢) ويراد بالهلاك زوال المبيع من الوجود بمقرماته الطبيعية وقد قصت حكمة النقص في هذا المعنى بأن بيع البضاعة للمتعاقد عليها بأمر من انتفاء المستعمل غشياً تلفها ، حتى يفصل في النزاع القائم بين الطرفين بشأن المصدر بينهما ، لا يؤدي إلى انفصال هذا العقد ، ولا يورغ =

بالتسليم أى على البائع ، لا على المشتري وهو الدائن بالتسليم ولو أنه أصبح مالكا للمبيع بانتقال ملكيته إليه قبل أن يتسلمه . ويرر الانحراف هنا عن القاعدة التى تقضى بأن يكون الهلاك على المالك أن الالتزام بالتسليم ، وهو متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ، ليس فى حقيقته إلا التزاماً مكثلاً للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا تخلص الملكية فعلاً للمشتري إلا بالتسليم . ومن ثم كان الهلاك على البائع ، وهو مدين بنقل الملكية وبالتسليم معاً . وقد طبق التقنين المدنى الجديد هذه القاعدة على العقود الناقلة للملكية كالبيع والشركة . وقد رأينا النص الوارد فى البيع ، أما فى الشركة فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥١١ مدنى أنه « إذا كانت حصصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عيني آخر ، فإن أحكام البيع هى التى تسرى فى ضمان الحصصة إذا هلكت .. » (١) .

== ذى ذاته المنقسخ ، إذ بيع البضاعة على هذا الوجه لا يقاس بملك الشيء المبيع الموجب لانقاسه عند البيع . ذلك أن الهلاك الذى نصت عليه المادة ٢٩٧ من القانون المدنى القديم المقابلة المادة ٤٣٧ من القانون الجديد هو زوال الشيء المبيع من الوجود بمقرماته الطبيعية بسبب آفة سماوية أو حادث ماضى بفعل إنسان . أما بيع الشيء بأمر القضاء المستجلب خشية التلف ، فهو إجباراً وفق قصد به صيانة الشيء المبيع من الهلاك وحفظ قيمته لحساب من يقضى بالتسليم إليه ، ونقل النزاع الذى كان دائراً حول من ممتدة إل بنيلها وهو المثلث المتحصل من بيعها وهو الذى ينصرف إليه أمر عقد البيع ( نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨ ) .

(١) أما التقنين المدنى الفرنسى (م ١١٣٨ و م ١١٦٤) فلم يميز بين التزام بالتسليم مستقل والالتزام بالتسليم متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ، ففى الحالتين جعل الهلاك قبل تسليم على المالك أى على المشتري ( بلانيرول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٨٠ ) - انظر فى تعليقات أخرى فى القانون الفرنسى لجبل الهلاك على المشتري ، فيقال تارة إن الهلاك على الدائن بالتسليم وهو المشتري ، ويقال تارة أخرى إن التزم بالتم فادام المشتري يفيد من زيادة المبيع فكذلك يتحمل تبعه هلاكه : أنسيكلويدى دالوز ه لفظ vente فقرة ٦٧ - الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ١٤٣ هامش (١) . ويبدو أن التعليل المتبولنى القانون الفرنسى لجبل الهلاك على المشتري هو القاعدة التى تقضى بأن الهلاك على المالك ( res perit domino ) . ففى القانون الفرنسى التزام البائع الرئيسى هو الالتزام بنقل الملكية ، وقد انفصل عنه الالتزام بالتسليم وأصبح ثانوياً بالنسبة إليه ، فلا يصح إن ينقش العقد لعدم تنفيذ هذا الالتزام الثانوى بإدام الالتزام الأصل بنقل الملكية قد نفذ فأصبح للمشتري مالكا للمبيع ، ويحاطره مالكا له يتحمل تبعه هلاكه .

( م ٢٩ - الوسيط ج ٤ )

### ٣١٧- هلاك المبيع بفعل البائع أو بفعل المشتري قبل التسليم :

ونفرض فيما قدمناه أن المبيع هلك قبل التسليم بقوة قاهرة أو بمحادث فجأى . أما إذا هلك بفعل البائع ، فإن هذا يبقى من باب أولى مستثلاً عن الهلاك ، بل يكون أيضاً مستثلاً عن تعويض المشتري عما أصابه من الضرر ولا يقتصر على رد الثمن (١) . وإن هلك المبيع قبل التسليم بفعل المشتري ، كان الهلاك في هذه الحالة على المشتري لأنه هو الذى تسبب فيه ، ووجب عليه دفع الثمن كاملاً إلى البائع إذا كان لم يدفعه ، ولا يسترده بطبيعة الحال إذا كان قد دفعه (٢) .

وليس في كل هذا إلا تطبيق للقواعد العامة ، ولا حاجة فيه إلى نص خاص . وقد كان هذا النص الخاص موجوداً في المشروع التمهيدى ، وهو نص المادة ٥٨٣ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين السابقتين ، إذا كان الهلاك أو نقص القيمة بفعل المشتري ، وجب دفع الثمن كاملاً . أما إذا كان بفعل البائع ، فإن طلب المشتري فسخ البيع ألزم البائع بالتعويض ، وإن طلب بقاء العقد وجب إنقاص الثمن (٣) » .

(١) لكن إذا أهمل البائع إهمالاً يسيراً تسبب عنه نقص في المبيع ، فإن ذلك لا يبرر فسخ البيع ولكن يستوجب إنقاص الثمن على سبيل التوفيق . وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأنه إذا أهمل البائع في جنى الثمن المبيع بحيث قلت كميته عن المقدار المتفق عليه دون أن تنزل درجة الجودة المسترطة ، فإن النقص القليل في الكمية لا يبرر الفسخ بل يسوغ إنقاص الثمن فقط (استئناف مخططة ٩ يولييه سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٢٠) .

(٢) أنظر للملاكمة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٧٩ في المامش .

(٣) وكان في التفتين المدنى السابق نص مقابل هو نص المادة ٢٩٩/٢٧٣ : وكان يجرى على الوجه الآتى : « وفي الحالتين السابقتين إذا كان هلاك المبيع أو حدوث العيب الذى أوجب نقص قيمته منسوباً للمشتري ، فيكون الثمن مستحقاً عليه بتمامه . أما إذا كان منسوباً للبائع ، فيكون ملزماً بالتعويضات إذا فسخ المشتري البيع وبقتيرص الثمن إذا أبقاه » . وقد نصت المادة ٤١ : « من تفتين المروجيات والمقرود اللتان على أنه » إذا هلك الشيء المعين الذى انقصد عليه البيع ، أو أصيب به بسبب قبل التسليم بسبب فعل أو خطأ ارتكبه البائع ، حق للمشتري أن يطلب قيمة ذلك الشيء أو عوضاً مقابلاً لما نقص من قيمته ، على الشروط التى يمتنعها بحق له أن يدعى أى شخص آخر . وإذا كان المبيع من المطليات ، فله البائع أن يسلم ما يعائله صفة ومقداراً مع الاحتفاظ بحق المشتري في طلب وزيادة بدل البطلان المقرر » .

وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة « لأنها مستفادة من القواعد العامة » (١) .

### ٣١٨ - هلاك المبيع بقوة قاهرة أو عادت فجائى قبل التسليم :

فقتصر هنا إذن على الحالة التى يكون فيها هلاك المبيع قبل التسليم قد حدث بقوة قاهرة أو بحدث فجائى ، أو كما تقول المادة ٣٤٧ مدنى السالفه الذكر قد حدث لسبب لا يد للبائع فيه (٢) ، وقد قدمنا أن الهلاك فى هذه الحالة يكون على البائع لا على المشتري ولو أن المشتري قد أصبح مالكا قبل التسليم . وقد ذكرنا أن السبب فى عدم تحميل المشتري تبعه الهلاك قبل التسليم بالرغم من أنه أصبح مالكا أن الملكية لا تنقل له فعلا إلا عند التسليم ، وأن التزام البائع بالتسليم هو جزء متمم لالتزامه بنقل الملكية ، فإذا كان التسليم لم يتم فإن التزامه بنقل الملكية يكون هو أيضاً ناقص التنفيذ بالرغم من أن الملكية تكون قد انتقلت إلى المشتري . فإذا هلك المبيع قبل التسليم بقوة قاهرة أو بحدث فجائى ، فإن التزام البائع بالتسليم ، هو التزام بتحقيق غاية كما قدمنا ، يصبح مستحيل التنفيذ . ومضى أصبح التزام فى عقد ملزم للجانبين كعقد البيع مستحيل التنفيذ ، انفسخ العقد بحكم القانون طبقاً للقواعد العامة ، وهى القواعد التى قررتها المادة ١٥٩ مدنى على الوجه الآتى : « فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه التزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه » . ومضى انفسخ عقد البيع لاستحالة تسليم المبيع ، فقد سقط بانفساخه التزام المشتري بدفع الثمن ، وكان له أن يسترده من البائع إذا كان قد دفعه ، وأن يتمتع عن دفعه إذا كان لم يدفعه . فيخرج البائع ، بانفساخ البيع على هذا الوجه ، وقد خسر المبيع وخسر الثمن ، فيكون هو الذى تحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم . وعلى هذا النحو يجب تأصيل المادة ٤٣٧ مدنى السالفه الذكر ، فهى ليست كما

بحر عند الانقضاء . ونصت المادة ٤١٦ من نفس التقنين على أنه إذا هلك المبيع أو ناله عيب قبل التسليم بفعل أو خطأ من المشتري ، كان ملزماً باستلامه على حالته ويلتزم منه كاملاً .  
أنظر أيضاً المادة ٢/٥٤٧ من التقنين المدنى (آتفاً فقرة ٣١٤ فى الهامش) . وكل هذه النصوص لا تختلف فى أحكامها عن أحكام القانون المصرى .

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٧٧ فى الهامش و ص ٧٩ فى الهامش .

(٢) والبائع هو الذى يحمل عبء إثبات ذلك ( بلاتيوك وريبير وهابل ١٠ ص ٨١ هامش ٥ ) .

وأبنا لإلتطيقاً لنظرية انفساخ العقد الملزم للجانبين بسبب استحالة تنفيذ الإلتزام

وهذا التاصيل ، وهو يتفق مع القواعد العامة كما قلنا ، يتفق في الوقت ذاته مع أحكام الفقه الإسلامى وهى تجعل الهلاك على البائع قبل التسليم (١) . ولذلك اعتاد الفقه المصرى أن ينسب القاعدة التى أخذ بها التقنين المصرى إلى الفقه الإسلامى ، وذلك لما رأى أن هذا التقنين سار عليها مخالفاً بذلك القاعدة التى أخذ بها التقنين الفرنسى كما سبق القول (٢) .

ونرى من ذلك أن المبيع إذا كان عيناً معينة بالذات تنزل تبعة هلاكه ، لا مع انتقال الملكية ، بل مع انقضاء الحيازة (٣) . فلو كان المبيع عقاراً ، وهلك قبل التسليم وقبل تسجيل البيع ، كان هلاكه على البائع ، أما إذا هلك بعد

(١) وقد رأينا أن إذا كان البيع فى الفقه الإسلامى ينقل الملك إلى المشتري ، فإن القبض يرد فعل الملك تأكيداً ، حتى أن المشتري قبل القبض لا يكون مطلق التصرف فى المبيع ( أنظر آتفا فقرة ٢٣١ ) ، وحتى أنه إذا هلك المبيع قبل القبض كان هلاكه على البائع . فبذلك البائع على المبيع قبل القبض يرد ضمان لا يرد أمانة ، كذلك يرد التناقص على سوم الشراء إذا سعى المشتري يرد ضمان ( انظر المادة ٥٤٨ مرقق آتفا فقرة ٣١٥ فى الماشى ) . أما إذا لم يسم المشتري فى سوم الشراء ، وسعى أو لم يسم فى سوم النظر ، فإن يرد التناقص تكون يرد أمانة ، فهلك الشيء على المالك لا على التناقص وفى من البيان أن الشيء ، فى سوم الشراء وفى سوم النظر ، سعى المشتري أو لم يسم ، يعتبر فى القانون المصرى ودية فى يرد التناقص ، فإذا هلك المالك لا للتناقص تبعة الهلاك .

(٢) ونرى أثر ذلك فيما جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « هذه النصوص ( ٥٨١ م - ٥٨٢ م ) تعرض لبيان تبعة هلاك المبيع قبل التسليم . وقد استبقى المشروع أحكام التقنين الحالى ( السابق ) فجعل التبعة على البائع قبل التسليم ، خلافاً لتقنينات اللاتينية ، وأغداً بأحكام التريعة الإسلامية ، وتطبيقاً لقواعد الفسخ فى العقد الملزم للجانبين » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ؛ ص ٧٥ ) . أنظر رسالة الدكتور محمد زكى عبد الجبار فى نظرية تبعة فى الفقه الإسلامى ص ١٧٧ وما بعدها .

وأنظر فى أن القاعدة التى أخذ بها التقنين المصرى مستمدة من القواعد العامة وليست مأخوذة من الفقه الإسلامى الأستاذين أحمد نجيب الهلال وسامد زكى فقرة ٢٧٩ .

(٣) وليست هذه القاعدة من النظام العام ، فيجوز المتبايعين أن يتفقا على أن يكون هلاك المبيع قبل التسليم على المشتري . فإذا لم يتفقا على ذلك ، كان الهلاك على البائع . ولو أن البائع ، تلبية لحصوله ، أمن على الدار المبيعة من الحريق ، فليس له أن يتقاضى أقساط التأمين من المشتري لأنه أمن على مسؤوليته هو لا على مسؤولية المشتري ( استئناف غنط ٤ يناير سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ١٢٣ ) .



التسليم وقبل تسجيل البيع فهلاكه على المشتري (١). فالعبرة إذن بالتسليم الذي يتم به نقل الحيازة ، لا بالتسجيل الذي يتم به نقل الملكية . ومتى انتقلت الحيازة إلى المشتري بالتسليم ، كان الهلاك عليه ولو لم تنتقل إليه الملكية بالتسجيل . أما إذا لم تنتقل إليه الحيازة بالتسليم ، كان الهلاك على البائع ولو انتقلت الملكية إلى المشتري بالتسجيل (٢).

وإذا كان المبيع شيئاً غير معين بالذات ثم عين بعد ذلك ، فانه يبقى في ضمان البائع حتى وقت التسليم . فان هلك قبل ذلك ، هلك على البائع بالرغم من أنه قد تم تعيينه قبل الهلاك ، بالرغم من أن ملكيته تكون قد انتقلت إلى المشتري بهذا التعين . أما إذا هلك بعد التسليم ، فهلاكه على المشتري (٣) ، لأنه تم تعيينه بالتسليم فانتقلت الملكية إلى المشتري ، بل لأنه قد سلم إلى المشتري فانتقلت حيازته إليه ، فأصبحت ثبته الهلاك عليه بموجب انتقال الحيازة لا بموجب انتقال الملكية .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأجهال التحضيرية : ص ٧٥ — ص ٧٦ — وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا كان عدم التسجيل بتقصير البائع ، فالهلاك عليه حتى لو سلم المشتري المبيع . ولكن لما كانت ثبته الهلاك تنتقل بانتقال الحيازة ولو لم تنتقل الملكية ، فالرأى الصحيح هو أن الهلاك على المشتري إذا سلم المبيع ولو كان البيع لم يسجل ( نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ — الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٢٨٦ — الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٠ ) .

(٢) ، ولو كان البيع مطلقاً على شرط فاسخ ، فالهلاك قبل التسليم على البائع ولو لم يتحقق الشرط وأصبح البيع باتاً . والهلاك بعد التسليم على المشتري إذا لم يتحقق الشرط فأصبح البيع باتاً ، أما إذا تحقق الشرط فانفسخ البيع ثم هلك المبيع ، فالظاهر أنه يهلك على مالكه أى على البائع ما دمت لنا بصدده التزام بالتسليم متفرع عن التزام بنقل الملكية . ولو كان البيع مطلقاً على شرط واتفق ، فالهلاك قبل التسليم على البائع ولو تحقق الشرط ونفذ البيع والهلاك بعد التسليم على البائع أيضاً ، ولو تحقق الشرط بعد الهلاك ، إذ لا يكون لتحقق الشرط في هذه الحالة أثر رجعى ( م ٢٧٠ / مدنى ) . أما إذا تحقق الشرط قبل الهلاك ، فنفذ البيع ، فالهلاك بعد التسليم على المشتري . أنظر ذلك الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢١ — الأستاذ محمد على إمام فقرة ١٨٨ ص ٢١٦ — الأستاذ محمد كامل حرسى فقرة ١٥٣ — الأستاذ محمد على النعم الجبراوى فقرة ٢٨٢ .

(٣) استئناف مخطوط ٧ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٢٦ .

### ٣١٩ - اعذار البائع المشتري لتسلم المبيع : ولكن قد يحدث أن

البائع يتكهن مستعداً لتنفيذ التزامه بتسليم المبيع إلى المشتري ، ويكون المشتري هو المتعنت فيأبى دون مبرر أن يتسلم المبيع . فتوقياً لتحصيل البائع تبعة هلاك المبيع في هذه الحالة ، أعطى القانون سلاحاً للبائع يدرك به عنه هذا الخطر . فأجاز له أن يعذر المشتري لتسلم المبيع ، ومن وقت الإعذار يعتبر المبيع في حكم الشيء المسلم للمشتري ، فاذا هلك حتى قبل التسليم الفعل فان هلاكه يكون على المشتري لا على البائع (١) . وفي هذا تقول العبارة الأخيرة من المادة ٤٣٧ مدني كما رأينا : « إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع ، أى أن الهلاك يكون استثناء على المشتري إذا وقع بعد إعذاره لتسلم المبيع (٢) »

وقد ينص عقد البيع ذاته على أن المشتري ملزم بتسلم المبيع في يوم معين دون حاجة إلى إعذاره بذلك . ففي هذه الحالة يعتبر المشتري معذراً بمجرد حلول اليوم المعين للتسلم طبقاً للقواعد العامة ، فاذا هلك المبيع بعد ذلك كان هلاكه على المشتري ولو لم يكن قد تسلمه فعلاً .

### ٣٢٠ - هلاك المبيع في يد البائع وهو عابس له : وهناك حالة

أخرى يهلك فيها المبيع على المشتري قبل التسليم ، وهي حالة ما إذا كان البائع قد حبس المبيع في يده لعدم استيفاء الثمن ، وصار أن البائع حق حبس المبيع حتى يستوفى الثمن . فاذا حبس البائع المبيع وأعذر المشتري أو أخطره بهذا الحبس (٣) ، وهلك المبيع أثناء الحبس ، كان الهلاك على المشتري بالرغم من

(١) مصر الكلية ١١ مايو سنة ١٩٥٤ الحاماة ٣ وتم ٣٦٤ ص ٩٥٠ .

(٢) والفروض أن الإعذار الذي ينقل تبعة الهلاك إلى المشتري هو الذي يتم عندما يكون التزام المشتري بتسليم المبيع حالاً ، فاذا أعذر البائع المشتري لتسلم قبل الأجل المشروط لمصلحة المشتري يترتب على هذا الإعذار نقل تبعة الهلاك ( الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٥٠ ص ١٤٥ ) .

(٣) أما إذا لم يبين في وضوح باعذار أو إخطار أو نحو ذلك أن البائع يحبس المبيع لعدم استيفاء الثمن ، بل سكت البائع عن مطالبة المشتري بالثمن وسكت المشتري عن مطالبة البائع بالمبيع ، فتراعى تنفيذ العقد على هذا النحو دون أن يظهر البائع نيته في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن ، -

عدم تسليم البائع المبيع له ، لأن عدم التسليم هنا راجع إلى خطأ المشتري فهو لم يدفع الثمن ودفع البائع بذلك إلى حبس المبيع . وقد نصت المادة ٤٦٠ مدني على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « وإذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » (١) . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي (٢) .

## ٢٥ - تبعة الهلاك الجزئي أو نقص القيمة لتلف المبيع قبل التسليم

٣٢١ - النصوص القانونية : نص المادة ٤٣٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبنى البيع مع إنقاص الثمن » (٣) .

---

== ثم هلك المبيع في خلال ذلك ، فإن الهلاك في هذه الحالة يكون على البائع ، ولا يجوز لهذا أن يدعي أنه كان حابساً للمبيع ( أنظر في هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ٢٨٠ ص ٤٣٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ مكررة ص ١٤٥ - ص ١٤٦ ) .

(١) كذلك يملك المبيع على المشتري إذا اتفق المتبايعان على أن يكون الهلاك على المشتري قبل التسليم ، أو وضع المشتري يده على المبيع قبل دفعه الثمن بدون إذن البائع وهلك للمبيع في يده ، وقد سبقت الإشارة إلى هاتين الحالتين أما ما جاء في المادة ٩٤ تجاري من أن البضائع التي تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرهما في الطريق على من يملكها فليس باستثناء حقن من القامدة التي تقتضي بأن الهلاك على البائع قبل التسليم ، فقد قلنا أن الملكية هنا تنتقل بالإفراز ، وهو لا يتم إلا عند التسليم إما في حصة الشمن أو في حصة التصريح ، فإذا انتقلت تبعة الهلاك هنا بانتقال الملكية فلأن الملكية هي نفسها تنتقل بالتسليم .

(٢) أنظر مايل فقرة ٤٠٤ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٨٢ من المشروع المنتهى على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وقد أقرت لجنة المراجعة تحت رقم ٤٥١ من المروح النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٨ ( مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٧٧ - ٧٩ ) .

وبقابل هذا النص في التفتين المدنى السابق المادة ٢٩٨/٣٧٢ (١)

وبقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدنى السورى المادة ٤٠٦ - وفي التفتين المدنى الليبى المادة ٤٢٧ - وفي التفتين المدنى العراقى المادة ١/٥٤٧ - وفي تفتين الموجبات والعقود اللبناني لا مقابل له (٢) .

**٣٢٢- المهرلك الجزئى أو نفصى الغير بفعل البائع أو بفعل المشتري:**  
وغنى عن البيان أن المادة ٤٣٨ مدنى السالفه الذكر تفترض أن هلاك المبيع هلاكاً جزئياً أو نقص قيمته وإنما وقع بقوة قاهرة أو بحادث فجائى ، وإذا كان النص لا يصرح بذلك فإنه مستخلص من سياق النصوص . أما إذا كان الهلاك الجزئى أو نقص القيمة راجعاً إلى فعل البائع ، فالبايع يكون مسئولاً عن ذلك بطبيعة الحال ، بل يكون مسئولاً أيضاً عن التعويض . وإن كان راجعاً إلى فعل المشتري ،

(١) التفتين المدنى السابق م ٢٩٨/٣٧٢ : إذا نقصت قيمة المبيع بسبب حدث فيه قبل استلامه بحيث لو كان ذلك العيب موجوداً قبل العقد لانتج المشتري عن الشراء ، كان المشتري غيراً بين الفسخ وبين إبقاء المبيع بالتمن المتفق عليه ، إلا إذا سبق منه وحنه .  
( وبخالف هذا الحكم ما ورد في التفتين المدنى الجديد ، فإن المشتري في التفتين السابق لا يملك إنقاص الثمن ، وإنما أن يفسخ ولما أن يستحق المبيع بكل الثمن . فإذا لم يبلغ العيب الجسامة المطلوبة أو وزن المشتري المبيع ، فإنه لا يستطيع الفسخ ، فلا يبقى أمامه إلا استبقاء المبيع بكل الثمن ، فكان هو الذى يحمل ثبته الهلاك الجزئى قبل التسليم . وهذا العيب قد تداركه التفتين الجديد ، فجعل للمشتري حق إنقاص الثمن إذا لم يطلب الفسخ : أنظر الماكورة الإيضاحية للمشروع المجهدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٨ - فإذا أرم بيع قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت عليه أحكام التفتين السابق ، وإذا أرم بيع بعد ذلك سرت عليه أحكام التفتين الجديد ) .

(٢) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدنى السورى م ٤٠٦ ( مطابقة المادة ٤٢٨ التفتين المدنى المصرى ) . والتفتين المدنى الليبى م ٤٢٧ ( مطابقة المادة ٤٣٨ من التفتين المدنى المصرى ) .

التفتين المدنى العراقى م ١/٥٤٧ . وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم تلفت أسامه فالمشتري غير بين فسخ البيع وبين بقاءه مع إنقاص الثمن ، ( وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التفتين المصرى ) .

تفتين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل ، ولكن أحكام التفتين المصرى تطبق لقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بها في لبنان دون نص

كان هذا هو المشلول ، وعليه أن يدفع الثمن كاملاً للبائع . وقد سبق بيان ذلك في الهلاك الكلي (١) .

### ٣٢٣- الهلاك الجزئي أو نقص القيمة بقوة ظاهرة أو حادث فجائي :

فنقتصر هنا أيضاً على حالة ما إذا كان الهلاك الجزئي أو نقص القيمة قد حدث بقوة قاهرة أو حادث فجائي . وتكون ثبوت هذا الهلاك الجزئي أو نقص القيمة قبل تسليم المبيع على البائع ، للأسباب نفسها التي ذكرناها في حالة الهلاك الكلي . فالبايع ملزم بتسليم المبيع كاملاً دون نقص أو تلف ، وهذا الالتزام متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ، وهو التزام بتحقيق غاية . فإذا لم يتم به البائع كان مشلولاً ، حتى لو رجع ذلك إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي ، فتكون النتيجة عليه ، كما كانت النتيجة عليه في الهلاك الكلي .

ويبنى على ذلك أن المشتري ، في حالة الهلاك الجزئي (٢) أو نقص القيمة ، يكون بالخيار بين الفسخ أو إنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك من المبيع أو نقص من قيمته ، دون أن يكون له حق في التعويض لأن الهلاك أو النقص قد حدث بقوة قاهرة أو حادث فجائي . ولكن إذا كان الهلاك أو نقص القيمة لم يبلغ

(١) وسبق أن قررنا أن المشروع التهدي كان يشمل كل المادة ٥٨٢ . وقد حلفت ، وهي تتناول كلا من الهلاك الكلي والجزئي أو نقص القيمة ، إذا كان ذلك واجباً إلى فعل البائع أو إلى فعل المشتري ( أنظر آنفاً فقرة ٣١٧ - وأنظر لثقتين المدعي العراقي م ٢/٥٤٧ آنفاً فقرة ٣١٥ في الماشي ، وثقتين للزوجات والمفرد البتاني م ٤١٥ - ٤١٦ آنفاً فقرة ٣١٧ في الماشي ) .

(٢) ويحتر هلاكاً جزئياً أن يكون للمبيع أرضاً عليها بناء فينهك البناء ، فيكون المشتري غيراً بين الفسخ وإنقاص الثمن . وكان لثقتين المدعي السابق كما قلنا يجوز الفسخ دون إنقاص الثمن ، فقصت محكمة النقض في عهد هذا لثقتين بأن إذا كان المقار للمبيع أرضاً عليها بناء ، ثم هلك البناء لأي سبب ، فإن البيع لا يفسخ ، ولكن يكون للمشتري الخيار بين طلب الفسخ وبين استبقاء المبيع ، ولا فرق في ذلك بين حالتي البيع انتقال الملكية والبيع الذي لا ينترب عليه بمقتضى قانون التسجيل الجديد إلا التزامات شخصية ( نقض مدعي ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجوعة عمر ١ ص ٨١ ) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن تهدم البناء وبقاء الأرض لا يعتبر هلاكاً كلياً بل هو هلاك جزئي ، فلا يفسخ البيع من تلفه نفسه ( استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٣ وفي ٢/٢٨ ص ٩٦ ) .

من الجسامة قدرأ بحيث لو كان قد طرأ قبل العقد لما تم البيع ، لم يكن المشتري حق الفسخ ، وإنما يكون له حق إنقاص الثمن فقط (١) .  
ويلاحظ أنه يمنع على المشتري الفسخ ، حتى لو كان اخلاك أو النقص وصل إلى هذا القدر من الجسامة ، إذا كان قد رتب للغير حسن النية حقأ عينياً على المبيع ، فلا يملك المشتري عندئذ إلا إنقاص الثمن (٢)

٣٢٤ - المهلك الجزئي أو نقص القيمة بعد اضرار المشتري أو بعد حبس المبيع : ونغني عن البيان أن البائع إذا أعذر المشتري لتسلم المبيع ، أو حبس المبيع لعدم استيفاء الثمن ، فإن الملاك الجزئي أو نقص القيمة إذا طرأ بعد ذلك على المبيع ، تحمل المشتري تبعته (٣) ، كما يتحملها في اخلالك الكلي ، للأسباب عينها .

## المبحث الثالث

### ضمان التعرض والاستحقاق

٣٢٥ - مفهومه صيانة التعرض والاستحقاق : إذا قلنا إن ضمان البائع للتعرض والاستحقاق فرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، لكانت النصوص المتعلقة بضمان التعرض والاستحقاق مجرد تطبيق للقواعد العامة ، ولصح التساؤل عما إذا لم يكن هناك تريب في بعض هذه النصوص . ذلك أنه ما دام البائع ملزماً بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ملكية كاملة ، فهو إذا لم

---

(١) فإذا كان الملاك أو نقص القيمة قد حدث قبل البيع دون أن يعلم به المشتري ، وكان قد بلغ قدرأ من الجسامة بحيث لو علم به المشتري لما أبرم البيع ، كان هذا غلطاً جوهرياً يجعل البيع قابلاً للإبطال .

(٢) المذكورة الإيضاحية للشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٨ .

(٣) استئناف مختلط ١٩ يناير ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٤ .

يكن مالكا - وهذا هو موضع الاستحقاق الكلي - كان المبيع بيع ملك الغير (١)، وكان للمشتري دعوى الإبطال . وإذا كان البائع غير مالك لمض المبيع أو كان مالكا لكل المبيع ولكن على المبيع حقوق للغير - وهذا هو موضع الاستحقاق الجزئي - فإن الملكية التي نعهد البائع بنقلها لم تخلص للمشتري كاملة ، ومن ثم جاز للمشتري طلب فسخ البيع مع التوفيق إذا كان له مبرر .

ولكن القانون مع ذلك يجعل للمشتري في الحالتين المتقدمتين الذكر دعوى ضمان ، وهي غير دعوى الإبطال وغير دعوى الفسخ . هي غير دعوى الإبطال ، إذ الضمان فيها لا يقوم إلا إذا وقع فعلا تعرض من المالك الحقيقي للمشتري ، أما دعوى الإبطال فيستطيع المشتري رفعها قبل وقوع هذا التعرض . هذا إلى أن دعوى الضمان تتقدم بخمس عشرة سنة ، وتتقدم دعوى الإبطال عادة بثلاث سنوات . ودعوى الضمان غير دعوى الفسخ ، إذ دعوى الضمان سبها قيام عقد البيع ، والتوفيق فيها تولد التصوص تقديره تقديراً تفصيلياً فهو غير متروك لتقدير القاضي ، وإذا كانت تتقدم بخمس عشرة سنة فهذه المدة تسري من وقت وقوع التعرض . أما دعوى الفسخ فتتعرض فسخ عقد البيع لا قيام هذا العقد ، والتوفيق فيها متروك لتقدير القاضي ولم تتعرض لتقديره التصوص ، وإذا كانت تتقدم هي الأخرى بخمس عشرة سنة فإن هذه المدة تسري من وقت تمام البيع لا من وقت وقوع التعرض .

يخلص مما تقدم أن دعوى الضمان هي دعوى مستقلة عن كل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ ، ويؤكد ذلك نص المادة ٤٤٣ مدني ، فقد عرضي لذكر عناصر التوفيق تفصيلاً عند استحقاق كل المبيع بناء على دعوى الضمان ، ثم أشار إلى استقلال هذه الدعوى عن الدعوتين الأخريين ، فقالت المبررة الأخيرة من النص : « كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو لإبطاله » .

والسبب في خصوصية دعوى الضمان واستقلالها عن سائر الدعاوى التي تستمد مباشرة من التواحد العامة ، وتفرع من التزام البائع بنقل ملكية المبيع

(١) تقض مدني ١٤ مارس سنة ١٩٤٠ بجريدة عمر ٣ رقم ٤٢ ص ١٢٢ .

إلى المشتري ، يرجع إلى اعتبارات تاريخية تمت إلى القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم . فقد كان البيع ، في العهد الأول للقانون الروماني ، عبارة عن نقل ملكية المبيع إلى المشتري عن طريق رسوم وأوضاع معينة تسمى بالإشهاد (mancipatio) ، وكان لا يترتب على هذه العملية أى التزام شخصي في ذمة البائع ، فهي مقصورة على نقل الملكية إلى المشتري . وإذا كان المبيع غير مملوك للبائع ، واستحق في يد المشتري ، فقد كان هذا يرجع على البائع بدعوى جنائية للبائع (actio auctoritatis) يتقاضى بموجبها ضعف الثمن الذي دفعه ، لا بدعوى مدنية مبنية على التزام في ذمة البائع . أما إذا انتقلت ملكية المبيع بالتسليم (traditio) ، فقد كان المشتري يشترط على البائع بعقد لفظي (stipulatio) مستقل عن عملية نقل الملكية تعريفاً فيما إذا استحق المبيع . ولما أصبح البيع في القانون الروماني عقداً رضائياً يرتب التزامات في ذمة البائع ، لم يكن من هذه الالتزامات نقل الملكية ، بل كان البائع يلتزم بنقل حيازة المبيع إلى المشتري حيازة هادئة . وكذلك كان الأمر في القانون الفرنسي القديم ، فقد قدمنا أن البائع كان يلتزم في العقود الأولى بنقل الحيازة لا بنقل الملكية . وقد تلى التقنين المدني الفرنسي هذه التقاليد عن القانون الروماني وعن القانون الفرنسي القديم : ضمان تعرض واستحقاق لا يرتبط بنقل الملكية وإنما يرتبط بنقل الحيازة ، فلا يقوم إلا إذا وقع تعرض يعكس من ههنا هذه الحيازة ، لا مجرد إنخال بالالتزام بنقل الملكية ، وإذا قام فله قواعد الخاصة التي يستقل بها عن الدعاوى المتفرعة عن الالتزام بنقل الملكية - كدعوى الفسخ ودعوى الإبطال - لاسيما فيما يتعلق بتقدير التعويض (١) .

وهناك خصوصية أخرى في تقاليد هذا الضمان تتعلق بحقوق الارتفاق . فقد كان البائع في القانون الروماني لا يضمن للمشتري غلو المبيع من حقوق ارتفاق عليه ، لا بموجب دعوى العقد اللفظي (actio ex stipulatu) ولا بموجب دعوى البيع ذاتها (actio empti) . ويرجع ذلك إلى أن التنظيم الاقتصادي

---

(١) كولان وكابينان ٢ بقرة ٨٩٣ - بوهري وسنبا بقرة ٢٤٩ مكررة - بيدان ١١ بقرة ١٨٦ - بلانجيل وريير وعامل ١٠ بقرة ٨٨ وبقرة ٩٥ .



للملكية العقارية عند الرومان كان من شأنه أن يجعل المشتري يتوقع دائماً أن يكون على المبيع حقوق ارتفاق ، فلم يكن البائع مكلفاً أن يكتشف المشتري بها ، ولم يكن يضمن له خلو المبيع منها . فإذا أراد المشتري أن يضمن له البائع خلو المبيع من حقوق ارتفاق عليه ، فقد كان يضع في ذلك شرطاً خاصاً في عقد البيع ( *vendu ut optimus maximus* ) . أما القانون الفرنسي القديم فقد كان يعتبر ظهور حق ارتفاق على المبيع من قبيل العيوب الخفية ، فيضمن البائع حق الارتفاق على هذا الأساس . ومن هنا أفرد التقنين المدني الفرنسي ( م ١٦٢٦ ) بالذكر ضمان البائع لحقوق الارتفاق والتكاليف المترتبة على المبيع إذ لم يعلن المشتري بها ، تمثيلاً مع تقاليد القانون الروماني . وانحرف في الوقت ذاته عن تقاليد القانون الفرنسي القديم ، فجعل هذا الضمان ضمان استحقاق لاضمان عيب خفي ، بما يستتبع ذلك من نتائج أهمها أن يقوم الضمان ولو في البيوع القضائية وكان لا يقوم لو أنه ضمان عيب خفي ، وأن يدفع البائع تعويضاً بسبب هذا الضمان ولو كان حسن النية وكان لا يدفع تعويضاً إلا إذا كان سيئ النية لو أنه ضمان عيب خفي (١) .

هذه التقاليد التاريخية تركت طابعها ظاهراً في دعوى ضمان التعرض والاستحقاق في التقنين المدني الفرنسي ، فانفردت هذه الدعوى بالخصوصيات التي تقدم ذكرها مستقلة عن دعاوى الفسخ والإبطال المنفردة عن التزام البائع بنقل الملكية . وانتقلت هذه الخصوصيات إلى التقنين المدني المصري ، إلا أن هذا التقنين لم يبرز حقوق الارتفاق والتكاليف كسبب مستقل للضمان كما فعل التقنين المدني الفرنسي ، ولكنه أشار إلى التكاليف كحالة من حالات الاستحقاق الجزئي م ٤٤٤ مدني ) ، ثم جعل من ظهور حق الارتفاق أو إعلان البائع لراه للمشتري شرطاً ضمنياً لعدم الضمان ( م ٢/٤٤٥ مدني ) .

وليست التقنينات اللاتينية هي وحدها التي تعمل طابع التقاليد في ضمان التعرض والاستحقاق ، بل يحملها أيضاً - وإن كان بدرجة أقل - التقنينات الجرمانية . تقنين الالتزامات السويسري ( م ١٠٢ و م ١٩٧ ) منسج بهذه

---

(١) كولان وكايبان ٢ فقرة ٩٠١ - بودري وسينيا فقرة ٢٩٦ .

التقاليد . أما التقنين المدني الألماني ( م ٤٣٤ وم ٤٤٠ ) فقد تحرر منها في العقار فلا يشترط وقوع التعرض بل يكفي باحتمال وقوعه ، ولكنه في المنقول بقي متأثراً بالتقاليد إذ يشترط وقوع التعرض . وقد تحرر تقنين الالتزامات البولوني ( م ٣٠٦ وم ٣١١ وم ٣٣٦ ) من هذه التقاليد ، إلى حد أن مزج ما بين ضمان التعرض والاستحقاق وأسماه ضمان العيوب القانونية ، وبين ضمان العيوب الخفية وأسماه ضمان العيوب المادية ، وأرجع الضمانين إلى أصل واحد ، ولم يشترط وقوع التعرض بل اكتفى باحتمال وقوعه في كل من العقار والمنقول (١) .

### ٣٢٦ - شمول ضمان التعرض والاستحقاق : والالتزام بضمان

التعرض والاستحقاق ، كالالتزام بضمان العيوب الخفية والالتزام بالتسليم ، يجاوز نطاقه عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية ، بل وإلى كل عقد ينقل الحيازة والانتفاع ، لأسباب إذا كان العقد من المعاملات . فهو موجود في عقود المقايضة والشركة والصلح والقسمة والإيجار وغيرها ، وموجود إلى مدى أضحى في التبرعات كاذبة . ذلك أن من يكون ملتزماً بنقل ملكية الشيء أو بنقل الشيء أو بنقل حيازته والانتفاع به يجب عليه بداهة أن ينقل إلى الشخص الآخر ملكية أو حيازة هادئة لا يعكر صفوها تعرض منه أو من أي شخص آخر . فإذا كان العقد معوضة برز هذا الضمان في صورة أوضح ، إذ أن الشخص الآخر قد دفع مقابل فيجب أن يخلص له الشيء الذي دفع فيه المقابل .

فضمن التعرض والاستحقاق ، كضمان العيوب الخفية وكالتسليم ، كان من الممكن جعله نظرية عامة في العقد دون أن يقتصر على عقد البيع ، وهذا ما فعله المشروع المتهدي للتقنين المدني الألماني . ولكن لما كان عقد البيع هو العقد الذي يغلب فيه استعمال هذا الضمان ويكون تنظيم هذا العقد ناقصاً لو خلا منه ، فقد درجت التقنينات - وإلى هذا انتهى أيضاً التقنين المدني الألماني نفسه في صورته النهائية - على إدماج هذا الضمان في عقد البيع ، كما أدمجت ضمان العيوب الخفية والالتزام بالتسليم . وتجعل التقنينات الله اعد التي أدمجت في عقد

(١) كولان وكابيتان ٢ الفترة ٨٩٣ ص ٥٩٨ - ص ٥٩٩ .

البيع هي القواعد العامة في هذا الضمان ، ثم تشير بعد ذلك في غير البيع من العقود إلى ما يتميز به العقد من خصوصيات يفارق بها هذه القواعد العامة . وعلى هذا النهج سار التفتين المدني المصري ، فقد أشار في خصوص عقد الشركة إلى هذه القواعد العامة المندرجة في عقد البيع ( م ١/٥١١ مدني ) ، وكذلك في خصوص عقد القرض ( م ٥٤٠ مدني ) ، وأفاض في بسط هذه القواعد في خصوص عقد الإيجار ( م ٥٧١ - ٥٧٥ مدني ) لأنه يقع على الانتفاع دون الملكية ، وأبرز خصوصية الضمان في عقد الهبة ( م ٤٩٤ مدني ) فهو بخلاف البيع تبرع لا معاوضة ، وكذلك فعل في عقد العارية ( م ١/٦٣٨ مدني ) .

### ٣٢٧ - التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير

وفي ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع ، يحسن التمييز بين التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير ، إذ لكل من هذين النوعين قواعد يختص بها .

## المطلب الأول

### التعرض الصادر من البائع

### ٣٢٨ - مسائل مطلّية : تبحث في ضمان البائع للتعرض الصادر منه

مسائل ثلاثاً : (أ) متى يقوم هذا الضمان . (ب) ما يترتب على قيام الضمان . (ج) الاتفاق على تعديل أحكام الضمان .

### ٣٢٩ - (أ) متى يقوم ضمانه التعرض الصادر من البائع -

فصوص قانونية : تنص المادة ٤٣٩ من التفتين المدني على ما يأتي

« يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حتى

على المبيع محتج به على المشتري . ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه (١) .

وقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٣٧٤/٣٠٠ و ٣٨٤/٣١٠ .

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٥٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى انتهى بالعبارة الآتية : « ويجب التزام البائع بالضمان ولو لم ينص عنه في العقد » . وفي لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة لعدم الحاجة إليها ، وأقرت اللجنة النص بعد هذا الحذف تحت رقم ٤٥٢ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٩ ( مجموعة الأعمال التشريعية : ص ٨٠ و ص ٨٢ - ص ٨٣ ) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٧٤/٣٠٠ : من باع شيئاً يكون ضماناً للمشتري الانتفاع به بدون معارضة من شخص آخر له حق عيني على المبيع وقت البيع ، وكذلك يكون البائع ضماناً إذا كان الحق العيني لاشرع ناشئاً عن فعله بعد تاريخ العقد . ووجب الضمان لا يحتاج إلى شرط بخصوص به في العقد .

م ٣٨٤/٣١٠ : نزع ملكية جزء معين من المبيع أو شائع فيه يعتبر قانوناً كنزع ملكية كله . وكذلك ثبت حق ارتفاق موجود على المبيع قبل العقد ، ولم يحصل الإعلام به أو لم يكن ظاهراً وقت البيع ، يعتبر كنزع الملكية بتمامها . هذا إذا كان الجزء المنزعة ملكية أو حق الارتفاق بجافة لو علمها المشتري لانتع عن الشراء .

ولا يوجد فرق في الأحكام ما بين التقنينين الجديد والتقنين السابق ، مع ملاحظة أمرين ذكرتهما المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على الوجه الآتي : (١) تجب ( التقنين الجديد ) حياً وقع فيه التقنين الحال ( السابق ) في المادة ٣٧٤/٣٠٠ ، إذ قررت هذه المادة أن البائع يضمن للمشتري وجود حق عيني على المبيع لشخص آخر وقت البيع . وينبئ على ذلك ألا ضمان إذا ظهر أن العين المبيعة مؤجرة بمقد ثابت التاريخ قبل البيع ، لأن ضمان البائع لا يشمل إلا الحقوق العينية . وقد قضت محكمة النقض بذلك ( ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ ملحق بمجلة القانون والاقتصاد ص ١١ - ١٢ و ٣ مارس سنة ١٩٣٢ ملحق بمجلة القانون والاقتصاد ص ٢٩ ) « يجب هذا الحكم أن العين المبيعة قد تكون مؤجرة لمدة طويلة وتكون الأجرة قد قبضت مقدماً ، ويكون كل هذا نافذاً في حق المشتري طبقاً لأحكام القانون ، فلا يستطاع أن يرجع ضمان الاستحقاق على البائع . لذلك لم يشترط المشروع أن يكون الغير حق عيني على المبيع ، بل كل ما اشترط هو أن يكون له حق على المبيع محتج به على المشتري ، فيدخل في ذلك حق المستأجر في الفرض المشار إليه (ب) وضع ( التقنين الجديد ) الحكم الثاني بدم ضمان حقوق الارتفاق إذا حصل الإعلان بها أو كانت ظاهرة في مكانه الطبيعي عند الكلام في الارتفاق على تمثيل الضمان ، لا عند الكلام في حكم الاستحقاق الجزئي . كما قبل التقنين الحال ( السابق ) : م ٣٨٤/٣١٠ . ( والتقنين الجديد ) فيما عدا ذلك كالتقنين الحال ( السابق ) يشمل البائع ضماناً للفرض إذا لم تصل منزلة الغير للمشتري =

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٠٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٨ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٤٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود البناني المادتين ٤٢٨ و ٤٣١ (١) .

والنصي يتناول التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير في وقت واحد . ويخلص منه ، فيما يتعلق بالتعرض الصادر من البائع ، أن ضمان هذا

== في المبيع إلى نزعه من يده ، وضامناً للاستحقاق إذا انتهى التعرض لاستحقاق المبيع . ويميز بين فعل البائع وفعل الغير ، فالبايع يضمن فعله مطلقاً ، ويعتبر تعرضاً منه أن ينحول الغير على المبيع حقاً يوجب به حل المشتري . أما الغير ، فإذا كان تعرضه مادياً أي غير مبنى على سبب قانوني فلا شأن بالبايع في ذلك ، وعمل المشتري أن يدفع هذا التعرض بما وضعه القانون في يده من وسائل . وإذا كان تعرضه مبنياً على سبب قانوني ، فإن كان هذا السبب موجوداً وقت البيع أو بعده الباع ولكن بفعل البائع وجب الضمان ، وإلا فلا يجب . ويلاحظ أن ( التقنين الجديد ) كالتقنين المال ( السابق ) أيضاً في أن الضمان لا يجب على البائع إلا إذا حصل التعرض فعلاً من الغير ، سواء حكم بالاستحقاق أو لم يحكم : نقض ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ ملحق بمجلة القانون والاقتصاد ص ٣١ . أما إذا اقتصر الأمر على ظهور حق لغير على المقار دون أن يتعرض هذا الغير فعلاً ، فلا ضمان على البائع : انظر عكس ذلك التقنين البرلوني م ٣١٣ . ولكن هذا لا يمنع من تطبيق القواعد العامة ، فيستطيع المشتري أن يطالب بفسخ البيع ( مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٨١ - ص ٨٢ ) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٠٧ (مطابقة المادة ٤٣٩ من التقنين المدني المصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٤٠ - فقرة ١٥٤) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٨ (مطابقة المادة ٤٣٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٤٩ : ١ - يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبي يدعي أن له حقاً على المبيع وقت البيع يوجب به حل المشتري . ٢ - ويثبت ضمان التعرض ولو لم ينص عنه في العقد .  
( وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن القنون فقرة ١٩٨ - فقرة ١٩٩ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٤٣ - فقرة ٤٥٢ ) .

تقنين الموجبات والعقود البناني م ٤٢٨ : إن الضمان الواجب على البائع المشتري يرمى إلى طرفين : أولها ضمان وضع اليد على المبيع بلا معارضة ، والثاني ضمان للتفاسد والعيوب الخفية في المبيع .

م ٤٣١ : إن البائع ، وإن اشترط عدم إرضاءه بضمان ما ، يبقى ملزماً بضمان فعله الشخصي . وكل اتفاق مخالف يكون باطلاً

( وأحكام التقنين البناني تتفق مع أحكام التقنين المصري ) .

( م ٤٠ - الوسيط ج ٤ )

التعرض يقوم إذا صدر تعرض من البائع للمشتري بعد إبرام عقد البيع . فنبحث إذن : (١) أعمال التعرض الصادر من البائع . (٢) المدين في الالتزام بضمان التعرض وهو البائع . (٣) الدائن في هذا الالتزام وهو المشتري . (٤) البيع الذى ينشئ هذا الضمان .

٢٣٠- (١) أعمال التعرض الصادر من البائع : لقيام ضمان التعرض ، يجب أن يصدر من البائع عمل من شأنه أن يحول ، كلياً أو جزئياً ، دون انتفاع المشتري بملكية المبيع . فيجب إذن توافر شرطين :

( أولاً ) وقوع التعرض فعلاً ، أما مجرد احتمال وقوعه فلا يكتفى (١) . فإذا هدد البائع المشتري بالتعرض له ، لم يكف هذا التهديد لقيام ضمان التعرض مادام البائع لم ينفذ وعيده ويتعرض بالفعل (٢) . وإذا باع البائع العقار المبيع مرة ثانية وبادر المشتري الثانى إلى التسجيل قبل المشتري الأول ، فانتقلت الملكية إليه هو دون المشتري الأول ، ولكن المشتري الثانى لم يتخذ أى إجراء لنزع العقار من يد المشتري الأول ، فليس للمشتري الأول أن يحتج على البائع بضمان تعرضه الثانى من بيعه العقار مرة أخرى ، بل ليس له أن يرفع دعوى لإبطال بيع ملك الغير لأن البيع الذى صدر من البائع إلى المشتري الأول قد صدر من مالك ، ولكن له أن يرفع دعوى فسخ البيع لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه من نقل الملكية إليه . ويترب على أنه لابد من وقوع التعرض أن البيع يبقى منشأ لالتزام البائع بضمان التعرض ، ولا يسرى التقادم إلا من وقت وقوع التعرض فعلاً ، ومدته خمس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض (٣) .

( ثانياً ) أن يكون التعرض الذى وقع فعلاً عملاً من شأنه أن يحول ، كلياً أو جزئياً ، دون انتفاع البائع بملكية المبيع (٤) . ويستوى في ذلك أن يكون

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٢ .

(٢) بلايول وبيير وهامل ١٠ فقرة ٩٠ ص ٩٤ .

(٣) الأستاذ عبد المنعم البداوى فقرة ٣٣٢ .

(٤) ويضاف عادة أن يكون العمل ما يتعارض مع التزامات البائع ( الأستاذ عبد الفتاح عبدالباق فقرة ١٣٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٨٠ ص ١٥٠ - فارن أوبري و دو • فقرة ٢٥٥ ص ٧٦ ) .

التعرض مبنياً على سبب مادي (trouble de fait) ، أو يكون مبنياً على سبب قانوني (trouble de droit) (١) .

والتعرض المبنى على سبب مادي قسمان : قسم يقوم على أعمال مادية محضة تقع من البائع ، وقسم يقوم على تصرفات قانونية تصدر من البائع - سواء قبل البيع أو بعده - يكون من شأنها أن تحول دون انتفاع البائع بملكية المبيع . ويلاحظ ، فيما يتعلق بهذا القسم الثاني الذي يقوم على تصرفات قانونية ، أن التصرف القانوني الصادر من البائع إلى الغير يعد عملاً مادياً بالنسبة إلى المشتري لأنه ليس طرفاً في هذا التصرف .

ومثل القسم الأول الذي يقوم على أعمال مادية محضة أن يبيع شخص متجراً لآخر ، ثم يعمد إلى إنشاء متجر مجاور من نفس النوع فينافس المشتري في عمله السابقين ويجتذبهم إليه بحكم العادة (٢) . فهنا المنافسة غير مشروعة لأن البائع يضمن عدم تعرضه للمشتري في انتفاعه بالمبيع (٣) ، ولو أن أجنبياً هو الذي أنشأ المتجر المجاور فإن منافسته لا تكون غير مشروعة مادامت في حدود المنافسة المألوفة بين التجار ، وذلك لأن الأجنبي غير ملتزم للمشتري بعدم التعرض (٤) .

= وكون البائع قد حرم من الانتفاع بالمبيع مسألة واقع يترك تقديرها لقاضي الموضوع (بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٠ ص ٩٣) .  
(١) استئناف غخلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٩ ص ٥٣ .  
(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٢ - بوردو ومونييا فقرة ٢٦٣ - فقرة ٣٦٤ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا باع شخص لآخر عملاً تجارياً بما فيه من بضائع ، وتمهد في عقد البيع بالألا يتجر في البضائع التي يتجر فيها المشتري في الشارع الذي يقع فيه محل المبيع ، ولكن البائع فتح عملاً بنفس الهارة التي بها المحل المبيع وأتجر في بعض أنواع البضائع التي شملها عقد البيع ، فقد أخل بواجب الضمان الذي يلزمه بوصفه باتماً ، كما أخل بالشرط التلحق عليه في عقد البيع . وإن هذا الإخلال إن هو إلا تعرض للمشتري في بعض المبيع من شأنه أن ينقص من قيمته ، وينقص قيمة المبيع على هذه الصورة هو بلفاته الضرر الذي أصاب المشتري من تعرض البائع ، فلا حاجة لأن يثبت المشتري أي ضرر غير ذلك (نقض مدني ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ وقم ٤٢ ص ٢٩١) .

(٤) ومن أمثلة التعرض الصادر من البائع ، ويقوم على أعمال مادية محضة ، أن يبيع مؤلف طبعه من كتابه لناسر ، فلا يجوز للمؤلف - ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك - أن يبد طبع الكتاب =

أما إذا تعرض البائع للمشتري بعمل من أعمال التعدي أو العنف ، فإنه يكون مسئولاً عن عمله كأي شخص آخر ارتكب عملاً غير مشروع ، لا كبائع ملزم بضمان التعرض (١) .

ومثل القسم الثاني الذي يقوم على تصرفات قانونية أن يبيع البائع العقار مرة ثانية ، ويأدر المشتري الثاني إلى التسجيل قبل المشتري الأول ، فتنتقل الملكية إليه دون المشتري الأول ، فينزح منه العقار . فهنا يقع تعرض من جانب المشتري الثاني وهو تعرض صادر من الغير ، وهو في الوقت ذاته تعرض صادر من البائع نفسه لأن المشتري الثاني في تعرضه قد استمد حقه من البائع . وكبيع العقار مرة ثانية يبيع المنقول مرة ثانية وتسليم البائع المنقول للمشتري الثاني فتنتقل إليه الملكية بموجب الحيازة إذا كان حسن النية ، فهنا أيضاً تعرض صادر من كل من المشتري الثاني والبائع في وقت واحد . وفي المثلين المتقدمين صدر التصرف الثاني من البائع - وهو تعرض مبني على سبب مادي كما قدمنا - بعد صدور البيع الذي أنشأ الالتزام بضمان التعرض . وقد يصدر هذا التصرف القانوني من البائع قبل صدور البيع لا بعده . فإذا باع شخص عقاراً أو منقولاً إلى مشترٍ أول بادر إلى تسجيل البيع في العقار أو إلى تسلم المنقول ، ثم بعد ذلك باعه إلى مشترٍ ثانٍ ، فالبيع الثاني يكون بيع ملك الغير ، وقد يجيزه المشتري الثاني فيرجع على البائع بضمان التعرض الواقع منه عن طريق تصرف قانوني صدر قبل البيع .

أما تعرض البائع المبني على سبب قانوني ( trouble de droit ) فيقع إذا ادعى البائع حقاً على المبيع في مواجهة المشتري ، سواء كان الحق المدعى به سابقاً

---

= قبل نفاذ نسخ الطبعة التي باعها (بودري وسينيا فقرة ٣٦٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٣ ص ٢٧٢) . ومن أمثلة كذلك أن يبيع شخص مصنعة يستند في توليد الكهرباء على مسقط مياه بق في ملك البائع ، ثم ينير البائع مسقط المياه بحيث يتمتع توليد الكهرباء أو يقل ( بودري وسينيا فقرة ٣٥٢ مكررة - بلانير وريير وبولانجي ٢ فقرة ٢٤١٥) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن البائع يكون مسئولاً إذا هو باع قطعة أرض حدها بميدان ملك له ، ثم ألقى الميدان بعد ذلك وقسه أجزاء ليبيعه ، لأن في ذلك حرمان المشتري من الانتفاع بمنظر الميدان ( استئناف وطني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٢٥٠ ) .

(١) بلانير وريير وهامل ١٠ فقرة ٩٠ ص ٩٣ .



على البيع أو لاحقاً له . مثل الحق السابق على البيع أن يبيع البائع عقاراً . وقبل أن يسجل المشتري البيع أى قبل أن تنتقل إليه الملكية من نفع يرفع البائع على المشتري دعوى استحقاق باعتبار أنه لا يزال مالكاً نفعياً . فهذه الدعوى يدفعها المشتري بضمان البائع للتعرض الصادر منه ، إذ لا يجوز الاسترداد لمن وجب عليه الضمان (١) . ومثل الحق اللاحق للبيع أن يبيع شخص عيناً غير مملوكة له ، ثم يصبح مالكاً لها بسبب من أسباب الملك كالإرث أو الوصية أو الشراء من المالك الحقيقي أو الشفعة . فيحتج على المشتري بهذا الملك الحادث بعد البيع ، ويريد أن ينتزع العين منه بموجبه ، فعند ذلك يجوز للمشتري أن يدفع دعوى البائع بالتزامه بضمان التعرض الصادر منه ، وقد علمنا أن القانون في هذه الحالة عمد إلى طريق أقصر ، إذ جعل الملكية في مثل هذا البيع - وهو بيع ملك الغير - تنتقل إلى المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور البيع (م ٢/٤٦٧ مدني) .

هذا وقد رأينا أن الحق اللاحق للبيع ينتقل بسبب من أسباب الملك ، وذكرنا من أسباب الملك الإرث والوصية والمقد والشفعة . أما الاستيلاء فغير متصور في حالتنا هذه إذ الاستيلاء يفترض أن الشيء مباح غير مملوك لأحد ، وهنا المبيع شيء غير مباح إذ سبق للبائع بيعه . وكذلك الالتصاق لا يرد من الناحية العملية ، إذ يصعب افتراض أن المبيع مواد بناء باعها صاحبها ثم أقام المشتري بناء بهذه المواد على أرض البائع فلنكتفوا بالالتصاق ، ولو تحقق هذا الفرض فعلا فلا نرى مانعاً من أن يحتج البائع في مواجهة المشتري بأنه تملك مواد البناء بالالتصاق ويلتزم بدفع إحدى القيم المنصوص عليها في المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ مدني إلى المشتري تبعاً لما إذا كان هذا مبيعاً أو حصة التركة .

بقى من أسباب الملك التصادم ، وهذا ما ننتقل الآن إليه .

---

(١) أو يقال الاسترداد والضمان لا يجزمان . ومن أنظمة الحق السابق على البيع أن يكون البائع قد أنجز المبيع بموجب قسمة قابلة للإبطال ، ثم باع بعد ذلك ، فلا يجوز له أن يطلب الإبطال القسمة ، لتلا يطل البيع فيكون هذا تصرفاً منه مبنياً على سبب قانوني (أوبري دود . فقرة ٣٥٥ ص ٧٨ هامش رقم ٥ - الأستاذ أتور سلطان فقرة ٢٢٣ ص ٢٧٢) .

٣٣٦ - تملك البائع المبيع بالتقادم : يجب هنا أن نميز بين فرضين ، أولاً أن البائع باع عيناً لا يملكها ولكنه كان حازراً لها ثم ملكها بعد ذلك بالتقادم ، والفرض الثاني أن البائع باع عيناً مملوكة له ولم يسلمها للمشتري بل بقي حازراً لها حتى ملكها بالتقادم .

ففي الفرض الأول يكون البيع بيع ملك الغير ، إذ البائع لا يملك العين وقت أن باعها . ولما كان قد أصبح مالكا لها بعد ذلك ، فإن الفقرة الثانية من المادة ٤٦٧ مدني تنطبق في هذه الحالة ، وقد آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد، فينقلب بيع ملك الغير صحيحاً وتنقل الملكية من البائع إلى المشتري بمجرد أن يملك البائع العين بالتقادم . ويستوى في ذلك أن يكون البائع قد تملك العين بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير مع حسن النية . مثل التملك بالتقادم الطويل أن يكون البائع حازراً للمبيع أربع عشرة سنة قبل البيع ، ثم يبيعها وتبقى في يده سنة يستكمل بها مدة التقادم خمس عشرة سنة ، فننتقل إليه الملكية بالتقادم وتنقل في الحال إلى المشتري . ومثل التملك بالتقادم القصير أن يكون البائع قد اشترى العقار من غير المالك وهو حسن النية وبقي واضعاً يده عليه أربع سنوات ، ثم باعه للمشتري مع استمرار وضع يده السنة الباقية لاستكمال المدة خمس سنوات ، فيملك العقار بالتقادم القصير ، وتنقل منه الملكية إلى المشتري .

أما في الفرض الثاني فإن البائع قد باع عيناً يملكها ، وسواء انتقلت الملكية إلى المشتري أو لم تنتقل بأن كان المبيع عقاراً ولم يسجل المشتري البيع ، فإن البائع ملتزم بضمان التعرض . فإذا هو امتنع من تسليم العين للمشتري ، ووضع يده عليها باعتباره مالكا فكان بذلك مقتصبا لها ، فإنه يكون متعرضاً للمشتري منذ أول عمل مادي من أعمال وضع اليد التي تدل على نية التملك ، ومن ذلك الوقت يلتزم بالضمان . ولكن إذا انقضت خمس عشرة سنة على العمل دون أن يقطع المشتري التقادم ، ثم أمران : ( أولاً ) سقطت دعوى المشتري في ضمان التعرض بالتقادم المسقط . ( ثانياً ) تملك البائع العين المبيعة بالتقادم المكسب ، ولا يستطيع المشتري أن يمتنع عليه بالتزام الضمان بعد أن سقط بالتقادم . ونرى من ذلك أن البائع يستطيع أن يملك المبيع على المشتري بالتقادم إذا

ببأسريان هذا التصادم بعد البيع ، ولا يحول دون ذلك التزامه بضمان  
التمريض . ذلك أن التصادم سبب قانوني للتملك لاعتبارات ترجع إلى وجوب  
استقرار التعامل ، ويستطيع غير المالك أن يملك بهذا السبب حتى لو كان بائناً (١)  
للشيء الذي يملكه بالتصادم (٢) .

وهذا هو الذي قضت به محكمة النقض إذ تقول : « متى كان الأساس  
التشريعي للتملك بالتصادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب  
مشروع للتملك لدى واضح اليد ، كان القول بأن تملك البائع باكتساب ملكية  
العقار بوضع اليد عليه في المدة الطويلة بعد بيعه وانتقال ملكيته إلى المشتري  
يعتبر من جانبته تعرضاً لا يتفق وواجب الضمان المفروض عليه قانوناً - كان  
هذا القول مخالفاً للقانون . » (٣) وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية (٤) إلى عكس

(١) فلا مشترية حل البائع مادام يرتكن في عمله إلى حق مقرر في القانون ، فله مثلا أن يخلد  
حل المبيع بين له في ذمة المشتري ، وله أن يأخذ المبيع بالشفعة إذا باعه المشتري إلى أجنبي  
فيكون له كذلك أن يملك المبيع بالتصادم ( الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٢٧ - الأستاذ  
منصور مصطفی منصور فقرة ٨٠ ص ١٥٢ ) .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٤ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٢٧ - الأستاذ  
جميل الشراوي ص ٢٢٠ - ص ٢٢٢ - الأستاذ عبد المنعم البدراري فقرة ٢٩١ - الأستاذ  
منصور مصطفی منصور فقرة ٨٠ ص ١٥٢ - ص ١٥٤ .

وإذا كان المبيع عقاراً ولم يسجل المشتري عند البيع ، فاستثنى البائع الملكية مع الحيازة خمس عشرة  
سنة ، فإنه يبق مالكاً كما كان دون حاجة إلى التمسك بالتصادم المكسب ، ولو فرض أن المشتري  
سجل البيع بعد انقضاء خمس عشرة سنة ، فإن البائع يستطيع أن يبيح بالتصادم ، إذ يعتبر أنه قد  
وضع يده حل عقار غير مملوك له منذ البيع ، وذلك بفضل الأثر الرجعي لتسجيل فيما بين المتعاقبين  
حل الرأي الذي نقول به . يبق أن يسجل المشتري عند البيع يده متى مدة من صدوره ولكن قبل  
انقضاء خمس عشرة سنة ، ففي هذه الحالة يصبح المشتري مالكاً للعقار المبيع من وقت البيع بالنسبة  
إلى البائع بفضل الأثر الرجعي لتسجيل ، فإذا أكل البائع مدة التصادم كان واضحاً يده حل ملك  
غيره منذ البيع ، فيملكه بالتصادم .

(٣) نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٩ ص ٦٩ -  
١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٢ ص ٣٦٨ - وانظر أيضاً : استئناف  
مخطوط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٤٩ ص ٥٣ - ٢٥ توفير سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ١٤ -  
لؤلؤ يوتييه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧٢ .

وقد سلمت محكمة النقض في حكم آخر بجزاء التمسك بالتصادم المكسب دون التصادم المسقط ،  
فقضت بأن من أسكسب عند البيع إلزام البائع بضمان عدم منازعة المشتري في المبيع ، فينتج عليه =

هذا الرأي ، وقضت بأن البائع لا يستطيع في هذه الحالة أن يحتج بالتقادم على المشتري ، لأنه ملزم بالضمان وهذا الالتزام أبدي لا يسقط بالتقادم (١). ومن البسير الرد على هذه الحجة ، فإنه إذا كان التزام البائع بضمان التعرض الصادر منه التزاماً أبدياً ، إلا أنه متى وقع منه تعرض فعلاً فقد تحقق الضمان ، وكان للمشتري دعوى الرجوع به على البائع ، وهذه الدعوى تسقط كسائر الدعاوى بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت نشوئها أى من وقت وقوع التعرض فعلاً (٢).

### ٣٣٢- (٢) المدين في الالتزام بفحصه التعرض الصادر عن البائع -

عدم قابلية الالتزام بالتقادم : الملزم بضمان التعرض هو البائع ، وهو الذي يقع منه التعرض الموجب للضمان (٣). ولا ينتقل هذا الالتزام إلى الخلف

== أبداً التعرض للمشتري، وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم أبداً التعرض للمشتري فيما كسب من حقوق بموجب العقد ، إلا إذا توافرت لديهم من بعد تاريخ عقد البيع شروط وضع اليد على الأرض المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية وفق ما جرى به قضاء هذه المحكمة . ولما كان دفاع المطعون عليهم يسقط حق الطاعة لمقردها عن رفع دعواها أكثر من خمس عشرة سنة بعد تاريخ صدور العقد موضوع الدعوى هو من قبيل المنازعة الممتنة قانوناً على المطعون عليهم بمقتضى إلزام القانون موطنهم بالضمان السالف الذكر ، وكان هذا الحكم المطعون فيه قد أقام قضاء يرفض دعوى الطاعة استناداً إلى هذا الدفاع ، فيكون قد أعطى في تطبيق القانون (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٠ ص ٥٦٩) . ونرى أنه يجوز للبائع أن يتمسك بالتقادم المسقط إذا انقضت خمس عشرة سنة ، لا من تاريخ صدور البيع ، بل من تاريخ وقوع التعرض منه فعلاً . فإذا رفع المشتري ، بعد انقضاء المدة ، دعوى الضمان ، جاز للبائع أن يدفعها بالتقادم المسقط ، بصرف النظر عما إذا كان قد كسب المبيع بالتقادم المكسب أو لم يكسبه ( أنظر في هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم مذكرات غير مطبوعة في البيع ص ١١٥ — ص ١١٦ ) .

(٤) نقض فرنسي ١٣ مايو سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ — ١ — ١٤٣ .

(١) ويلزيد وأى محكمة النقض الفرنسية أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٣ — يبدان ١١

فقرة ٢٠١ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠٤ .

(٢) قارب يلاتيول وروبير وهامل ١٠ فقرة ٨٩ ص ٩٢ .

(٣) وفي البيع الجبري يعتبر المدين بالماً ، وهو الذي يقع عليه ضمان المبيع ، فلا يحق له أن يتعرض لראى عليه المزايد بنفسه تعرضاً مادياً أو تعرضاً قانونياً ، كأن يحمي الملكية لنفسه بأي سبب من أسباب التملك ( استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٧ المجموعة الفرنسية ٤٨ رقم ٢٤٩ ) .

العام ، لأن الالتزام في القانون المصري لا ينتقل من المورث إلى الوراث ، بل يبقى في التركة . فإذا باع شخص عيناً مملوكة لوارثه ثم مات ، فإن الوراث يستطيع أن يسترد العين من المشتري ، ولا يجوز للمشتري أن يحتج عليه بأنه ملتزم بالضمان وراثته عن مورثه ، فإن هذا الالتزام لم ينتقل إليه (١) . ولكن الالتزام بالضمان يبقى في التركة كما قلنا ، ومن ثم يرجع المشتري على التركة بالتعويض ، ولا يأخذ الوارث من التركة شيئاً قبل استئصال هذا التعويض منها . كذلك لا ينتقل الالتزام بالضمان إلى الخلف الخاص . فلو باع شخص عقاراً ، ثم أوصى به لشخص آخر ، وبعد موته باذر الموصى له إلى تسجيل الوصية قبل أن يسجل المشتري البيع ، فإن المشتري لا يستطيع أن يحتج على الموصى له بأنه ملتزم بالضمان ليسترد منه العقار أو ليستقيه إذا استرده الموصى له ، لأن الالتزام بالضمان لم ينتقل من الموصى إلى الموصى له ، بل بقي في التركة . وللمشتري أن يرجع بالتعويض على التركة ، ويقدم في رجوعه بهذا الحق على الموصى له ، فلا يأخذ الموصى له العقار إلا إذا كان الباقي من أموال التركة يفي بالتعويض ويبقى من هذا الباقي ما يقل عن ضعف قيمة العقار حتى لا تزيد الوصية على ثلث التركة بعد استئصال الديون . ولا يتعدى الالتزام بالضمان البائع إلى دائته ، فلو باع شخص عقاراً مملوكاً له ، وقبل أن يسجل المشتري البيع باذر دائن البائع إلى التنفيذ على العقار وسجل تنبيه نزع الملكية ، فمن حق الدائن أن يستمر في التنفيذ ولا يحتج عليه المشتري بأنه ملتزم بالضمان عن مدينه ، فإن هذا الالتزام لا يتعدى إليه كما قلنا .

والزام البائع بضمان تعرضه التزام بالامتناع عن عمل هو التعرض للمشتري في ملكيته وانتفاعه بالمبيع ، فهو إذن الزام غير قابل للانقسام (indivisible) ، حتى لو كان المبيع ذاته قابلاً لأن ينقسم . ويتربط على ذلك أنه لو تعلق هذا الالتزام بضمة أكثر من شخص واحد ، لم ينقسم الالتزام على المدينين المتعديين ، بل يكون كل منهم مدين بالالتزام كله . فلو كان شخصان يملكان داراً في الشيوع ،

(١) الأستاذ عبد الحميد الهادي فقرة ٢٩٣ — الأستاذ جميل الشراوى ص ٢٣٠ عامر ٢ — الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٨١ ص ١٥٦ — ص ١٥٧ — وفلان الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٣ ص ٣٧٢ وفقرة ٢٢٦ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٤ ص ٢٨٦ — الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٣٤٢ .

وباعاها معاً ، ألزم كل منهما بنحو المشتري بضمان التعرض الصادر منه في كل الدار وليس في التصيب الذي باعه فحسب . ولو ظهر بعد ذلك أن أحد الشخصين البائعين هو الذي يملك الدار كلها وأن الشخص الآخر لا يملك فيها شيئاً ، فإن الشخص الأول يبقى ملتزماً بعدم التعرض في كل الدار ، ولا يستطيع أن يسترد من المشتري التصيب الشائع الذي لم يبعه لأن التزامه بعدم التعرض غير قابل للانقسام ، ويجوز للمشتري أن يدفع استرداده بأنه ملتزم بعدم التعرض . فلا يبقى في هذه الحالة للشخص الأول إلا أن يرجع على الشخص الآخر الذي ظهر أنه لا يملك شيئاً في الدار . وهذا هو الحكم لو أن شخصين ورثا داراً فباعاها معاً ، ثم ظهر أن أحدهما هو الوارث وحده ، فلا يجوز له أن يسترد شيئاً من المشتري ، إذ هو ضامن لتعرضه في كل الدار . وهذا هو ما أجمع عليه القضاة والفقهاء في فرنسا (١) ، وسار عليه الفقه في مصر (٢) .

### ٣٣٣- (٣) المرائى في الالتزام بفحصه التعرض الصادر من البائع : الدائن في هذا الالتزام هو في الأصل المشتري ، فهو الذي يقع عليه التعرض

(١) نقض فرنسي ٥ يناير سنة ١٨١٥ سيرة ١٥-١-٢٣١-١ ، أغسطس سنة ١٨٢٠ سيرة ٣٠-١-٣٩٥-١ نقض بلجيكي ٥ يوتيه سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦-٢-٢٠٩ وباسيكريزي ٥٦-١-٣٠٨-١-١ جيووا ١-١-٢٤٣ فقرة ٢٤٤-٢٤٤ أوربري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش ٨ و١٢-١٢-١٢٠٠ فقرة ٢٤ فقرة ٢١٥-٢١٥-٢١٥ فقرة ٢٦٢-٢٦٢-٢٦٢ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٣-٩٣-٩٣ كولان وكابيتان ، فقرة ٩٠٣-٩٠٣-٩٠٣ ويترس بولانيه على هذا الحكم ، ويميل إلى التمييز ما بين التعرض المبني على سبب مادي وهذا غير قابل للانقسام والتعرض المبني على سبب قانوني وهو قابل له ( بلانيول وريبير وبولانيه ٢ فقرة ٢٥١٦-٢٥١٦-٢٥١٦ وانظر أيضاً جوسران ٢ فقرة ١٠٩٦ ) .  
وكان الحكم في القانون الفرنسي القديم غير ذلك ، إذ كان الالتزام ينقسم ، فإن استرد البائع الأول التصيب الذي لم يبعه في الدار ، جاز للمشتري أن يلزمه بأخذ الدار كلها حتى لا يتضرر عليه المصلحة . ويسترد المشتري من البائع الأول كل الثمن ، ثم يرجع البائع الأول على البائع الثاني بما دفعه عنه ( بوتييه في البيع فقرة ١٧٣ ) .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٧-٢٢٧-٢٢٧ الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢١٤-٢١٤-٢١٤ الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٨-١٣٨-١٣٨ الأستاذ جميل الشرفاوي فقرة ٦٦ ص ٢٣٠-٢٣٠-٢٣٠ الأستاذ محمد المنعم الهداوي فقرة ٢٩٣-٢٩٣-٢٩٣ الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٨١-٨١-٨١ الأستاذ أحمد نجيب الحلال وحامد زك فقرة ٢٨٧-٢٨٧-٢٨٧ فقرة ٣٤٨-٣٤٨-٣٤٨ وقارن الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٤ ص ٢٨٧ .

عادة . وينتقل هذا الحق إلى الخلف العام ، لأن الحقوق بخلاف الديون تنتقل من المورث إلى الوراث . فلو أن شخصاً اشترى داراً ، وتركها لوارث ، وتعرض البائع لهذا الوراث في الدار ، كان لوارث أن يحتج عليه بالتزامه بضمان التعرض كما كان يحتج مورثه . وينتقل هذا الحق أيضاً إلى الخلف الخاص في العين المبيعة ، فلو أن شخصاً باع داراً ، وباع المشتري الدار لمشتري ثان ، كان البائع ملزماً بعدم التعرض لا للمشتري الأول فحسب ، بل أيضاً للمشتري الثاني وهو الخلف الخاص للمشتري الأول في الدار المبيعة . والمشتري الثاني أن يرجع على البائع بدعوى مباشرة ، هي دعوى الضمان التي كانت للمشتري الأول وقد انتقلت إلى المشتري الثاني (١) .

ويستفيد دائن المشتري من ضمان البائع للتعرض . فلو أن شخصاً باع شيئاً غير مملوكة له ثم ملكها ، فانه لا يستطيع أن يستردها من المشتري كما سبق القول لانزاهه بعدم التعرض ، وكذلك لا يستطيع أن يمنع دائن المشتري من التنفيذ عليها لأن الدائن يستفيد من هذا الالتزام .

٣٣٤ - (٤) البيع الذي ينشئ الضمان : وكل بيع ينشئ الضمان ، فيتولد منه التزام في ذمة البائع بعدم التعرض للمشتري . يستوى في ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل ، ويستوى في ذلك أيضاً بيع المساومة وبيع المزاد ولو كان بيعاً قضائياً أو إدارياً .

فاذا باع شخص عقاراً ، ثم باعه مرة أخرى إلى مشتري ثان ، ويادر المشتري الثاني إلى التسجيل قبل المشتري الأول ، فان البائع يكون ملتزماً بضمان التعرض نحو المشتري الأول ولو أن البيع الصادر لهذا المشتري غير مسجل . وكذلك يكون البائع ملتزماً بضمان التعرض إذا صدر هذا التعرض مع ذاته في بيع غير مسجل . فاذا باع شخص عقاراً ، ولم يسجل المشتري البيع فينقضي عقار مملوكاً للبائع ، ويادر دائن البائع إلى التنفيذ على العقار فسيجمل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل

---

(١) كذلك لو كان الخلف الخاص موهوباً له فانه يكون دائناً بضمان التعرض لمن باع لوارثه ، وله أيضاً دعوى مباشرة ، وهذه بخلاف الدعوى غير المباشرة التي يستطيع رفعها باسم الوارث (م. يهودي وميتينا فقرة ٢٥٩ ص ٢٦٤) .

المشتري عقد البيع ، فقد قدمنا أن اللائن أن يستمر في التنفيذ ، ويبقى البائع ملتزماً بالضمان نحو المشتري ولو أن البيع لم يسجل (١).

و ضمان التعرض واجب في بيع المزداد وجوبه في بيع المساومة ، ويستوى كما قدمنا أن يكون البيع بالمزاد قضائياً أو إدارياً أو اختيارياً . وسنرى أن ضمان الميوب الخفية لا يجب في البيوع الجبرية ، قضائية كانت أو إدارية ، فقد نصت المادة ٤٥٤ مدني على أنه « لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد » . ولكن ضمان التعرض واجب في كل هذه البيوع . فإذا باع الدائنون على المدين ماله في المزاد ، نشأ عن هذا البيع التزام بعدم التعرض ، وهذا الالتزام يتعلق بذمة البائع كما هو الأمر في كل بيع آخر . والبائع هنا ليس هم الدائنين الذين باعوا على المدين العين بالمزاد ، ولكنه هو المدين نفسه فهو صاحب العين وقد بيعت عليه ، فيكون ملتزماً بعدم التعرض للمشتري الذي رسا عليه المزاد (٢) .

### ٣٣٥ - (ب) ما يترتب على قيام ضمان التعرض الصادر من البائع :

التزام البائع بعدم التعرض للمشتري التزام دائم ، فيجب على البائع أن يمنع عن التعرض للمشتري في أي وقت بعد البيع ، ولو كان قد انقضى على البيع

---

(١) وقد نفست محكمة النقض بأن عدم تسجيل المشتري عقد شرائه لا يترتب عليه سقوط حق الضمان . وإذن فالحكم الذي يرفض دعوى الضمان تأسيساً على أن تزعم ملكية العين من المشتري لم يكن إلا نتيجة إهماله في تسجيل عقد شرائه ، مما مكن دائن البائع الشخصي من تزعم ملكية العين المبيعة ، يكون حكماً مخالفاً لقانون متعيناً نقضه (نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٣٦ بحروعة حر ١ رقم ٢٢٦ ص ١٠٤٩) .

و ضمان التعرض في ذلك كشف الاستحقاق ، فالضمانان واجبان حتى في بيع غير مسجل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيني في هذا السدد : « هذا و ضمان الاستحقاق واجب حتى في بيع غير مسجل ، كما إذا باع البائع العقار مرة أخرى قبل أن يسجل المشتري الأول ، وكما إذا نقد الدائن الشخصي البائع على العقار المبيع قبل تسجيل البيع : نقض ١٣ فبراير سنة ١٩٣٦ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ص ١٢٤ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٢) .

(٢) ويلزم لبائع نحو الشفع ضمان التعرض ، كما كان يلتزم نحو المشتري قبل الأخذ بالشفعة . ويجوز أيضاً لمسترد حصة شائعة في سنقول باعها أحد الشركاء لأجنبي (م ٨٣٣ مدني) الرجوع على الشريك البائع بضمان التعرض .



أكثر من خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم (١). فإذا أخل به البائع بأن تعرض فعلا للمشتري ، تولد عن الالتزام الأصلي بعدم التعرض التزام جزائي بالتعويض . وهذا الالتزام الجزائي هو الذي يسقط بالتقادم ، فإذا لم يطالب به المشتري في خلال خمس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض فعلا ، سقط بالتقادم كما قلنا ، ولا يستطيع المشتري بعد ذلك أن يطالب به البائع .

هذا الالتزام الجزائي هو الذي يترتب على قيام ضمان التعرض . وتختلف طريقة تنفيذ هذا الالتزام باختلاف الأحوال التي يقوم فيها ضمان التعرض . فإذا كان تعرض البائع للمشتري قائماً على أعمال مادية محضة ، كمناسة المشتري في المتجر المبيع ، وجب على البائع تعويض المشتري عما أصابه من الضرر بسبب هذه المنافسة ، ووجب في الوقت ذاته أن يقفل البائع المتجر الذي أنشأه ، ويجوز أن يحكم عليه بتهدد مالي عن كل يوم أو أسبوع أو شهر يتأخر فيه عن إقفال المتجر (٢) .

وإذا كان تعرض البائع قائماً على تصرف قانوني صادر منه ، بأن باع مثلاً العقار مرة أخرى لمشتري ثان وسبق المشتري الثاني المشتري الأول إلى التسجيل ، فلا مناص من تقديم المشتري الثاني على المشتري الأول ، ويرجع المشتري الأول في هذه الحالة بالتعويض على البائع ، إما بموجب استحقاق الغير للمبيع ، وإما بموجب ضمان البائع للتعرض الصادر منه لأن الغير استمد حقه من البائع نفسه .

وإذا كان تعرض البائع قائماً على أنه يدعى لنفسه حقاً على المبيع ، بأن كان مثلاً قد باع عيناً غير مملوكة له ثم تملكها بعد ذلك ، فالجزاء هنا يتخذ صورة خاصة هي أن ترد دعوى البائع باسترداد المبيع من المشتري ، فلا يستطيع البائع أن يسترد العين ، لأن من وجب عليه الضمان لا يستطيع الاسترداد كما سبق القول . بل إن البائع ، لو لم يملك المبيع بعد البيع ، لا يستطيع أن يطلب إبطال البيع

(١) بلانيول وريبير ومائل ١٠قرة ٨٩ ص ٩٢ -

(٢) بلانيول وريبير ومائل ١٠قرة ٩١ ص ٩٥ - عهد الفتاح جـ الثاني ١٣٨ .

الصادر منه للمشتري ، لأن في طلب إبطال البيع ضرباً من التعرض للمشتري والبايع ملزم بعدم التعرض<sup>(١)</sup>.

وفي أحكام بيع ملك الغير مايتفق مع ماقدمناه من الأحكام . فالبايع إذا باع عيناً غير مملوكة له ثم ملكها بعد ذلك ، انقلب بيع ملك الغير صحيحاً وانتقلت الملكية إلى المشتري من البائع ، وهذا يؤيد أن البائع لا يستطيع في هذه الحالة أن يسترد المبيع من المشتري إذ يواجه بالتزام الضمان . كذلك لا يستطيع البائع أن يطالب بإبطال البيع الصادر منه لعين غير مملوكة له ، لأن قابلية بيع ملك الغير للإبطال إنما تقررت لصالح المشتري لا لصالح البائع ، وهذا يؤيد أن البائع لا يستطيع طلب إبطال البيع إذ يواجه كما قدمنا بالتزام الضمان<sup>(٢)</sup> .

### ٣٣٦ - (ج) الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر

من البائع : تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ من التقنين المدني على ما يأتي :  
« إذا اتفق على عدم الضمان ، بقي البائع مع ذلك مسؤولاً عن أى استحقاق ينشأ عن فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك »<sup>(٣)</sup> .

ويعرض هذا النص لحالة واحدة من أحوال ثلاث في الاتفاق على تعديل

---

(١) وقد أورد كولان وكايبنتان مثلاً للتعرض الصادر من البائع أن يطالب بإبطال بيع صدر منه في عين غير مملوكة له ، فبعد هذا تعرضاً منه للمشتري ولا تقبل دعواه ( كولان وكايبنتان ، فقرة ٩٠٤ ) .

(٢) وقد يقوم تعرض البائع على تقديمه بطن في سند ملكيته المبيع ، فإذا قبل هذا الطعن تأثر حق المشتري . مثل ذلك أن يكون البائع قد تقاسم مع شركائه في الشروع ، وباع حصة التي أفرزتها هذه القسمة ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يطعن في القسمة بالإبطال ، لأن هذا الطعن من شأنه أن يؤثر في حق المشتري الحصة المفروزة ، فيمتد الطعن تعرضاً منه للمشتري ، ومن ثم لا يسرى في حق هذا المشتري . ( انظر في هذا المنى بلانويول وريبير وهامل ١٠ ص ٩٥ هامش ٢ ) .

(٣) أنظر تاريخ هذا النص والتخصص المقابلة له في التقنين المدني السابق وفي التفتينات المدنية العربية الأخرى ما يمل فقرة ٣٥٥ - ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين المدني الجديد وبين التقنين المدني السابق والتفتينات المدنية العربية الأخرى .

حكام ضمان التعرض ، وهي حالة الاتفاق على إسقاط الضمان<sup>(١)</sup> . ويوجد إلى جانب هذه الحالة حالتان أخريان : حالة الاتفاق على زيادة الضمان وحالة الاتفاق على إنقاص الضمان .

أما الاتفاق على زيادة الضمان فجاز . ذلك أن البائع يلتزم ، إذا لم يقع اتفاق على أى تعديل فى أحكام الضمان ، بضمان التعرض الصادر منه المشتري فى ملكيته للمبيع وفى انتفاعه به الانتفاع المألوف . فإذا أراد المشتري الانتفاع بالمبيع انتفاعاً خاصاً بقضى ألا يقوم البائع بأعمال معينة تتعارض مع هذا الانتفاع الخاص ، جاز أن يتفق مع البائع على ذلك . فإذا كان المبيع متجراً لسلمة معينة ، ويريد المشتري أن يضيف إلى هذه السلعة سلعة أخرى لم يكن البائع يتجر فيها ، جاز أن يتفق مع البائع على ألا ينشئ إلى جانبه متجراً يتابع فيه السلعة الأصلية أو السلعة الأخرى ، ويكون المشتري هنا قد اتفق مع البائع على زيادة الضمان<sup>(٢)</sup> .

وكذلك الاتفاق على إنقاص الضمان جاز . مثل ذلك أن يشترط بائع المتجر على المشتري عدم منعه من إنشاء متجر يبيع فيه بعض السلع التى يتعامل فيها المتجر المبيع ، ففى هذا الاتفاق إنقاص من ضمان البائع للتعرض<sup>(٣)</sup> .

ولكن الاتفاق على إسقاط الضمان الناشئ عن فعل البائع إسقاطاً تاماً غير جاز ، ويكون الاتفاق فى هذه الحالة باطلاً . ففى المثل المتقدم لا يجوز للبائع أن ينشئ متجراً ينافس به المتجر المبيع منافسة غير محدودة ، ولو اشترط البائع عدم الضمان . كذلك إذا صدر من البائع تصرف قانونى يمد البيع بتعارض مع حق المشتري ، كأن يبيع العقار مرة ثانية ويبادر المشتري الثانى إلى التسجيل قبل المشتري الأول ، كان البائع ضامناً لتصرفه هذا حتى لو اشترط عدم الضمان<sup>(٤)</sup> .

(١) والمقصود بعبارة « عدم الضمان » الواردة فى الفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ مدق هو إسقاط الضمان لا إنقاصه ( أنظر ما يلى فقرة ٣٥٧ فى الماش و فقرة ٣٥٩ فى الماش ) .

(٢) أنظر فى أمثلة أخرى لتشديد الضمان لوبرى ورو ، فقرة ٣٥٥ ص ١٢ و ماش رقم ٥

مكرر رابعا - بلانويل وريبير وحامل ١٠ ص ٩٣ ماش رقم ١

(٣) أنظر فى أمثلة أخرى لإنقاص الضمان بودوى وسيتيا فقرة ٤٠٧ ص ١١٥ - ص ١١٦ -

بلانويل وريبير وحامل ١٠ فقرة ٩٤ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن شرط عدم الضمان الوارد فى البند الحادى والعشرين من

ولا يجوز أيضاً أن يحتج البائع بحج له مستحدث على المبيع ، ولو كان في عقد قد اشترط عدم الضمان . وقد روعي في هذا كله أن البائع لا يجوز له أن يشترط عدم مسئولته عن فعله ، كما لا يستطيع أن يشترط عدم مسئولته عن غشه أو عن تقصيره (١).

## المطلب الثاني

### التعرض الصادر من الغير

٣٣٧ - مسائل مطوّت : نبحث في التعرض الصادر من الغير نفس المسائل الثلاث التي بحثناها في التعرض الصادر من البائع : (١) متى يقوم هذا الضمان (٢) ما يترتب على قيام الضمان . (٣) الاتفاق على تعديل أحكام الضمان .

### ١٩ - متى يقوم ضمان التعرض الصادر من الغير

٣٣٨ - ملخص البحث : نتبع هنا أيضاً خطة البحث التي اتبعناها في التعرض الصادر من البائع ، فنبحث : (١) أعمال التعرض . (ب) للمدين في الالتزام بالتعرض . (ج) الدائن في هذا الالتزام . (د) البيع الذي ينشأ هذا الضمان .

٣٣٩ - (١) أعمال التعرض الصادر من الغير : حتى يقوم ضمان التعرض الصادر من الغير ، يجب توافر شروط ثلاثة : (أولاً) أن يقع التعرض

---

= شروط قائمة مزاد استبدال الأموال الموقوفة ، ومؤداه أن المشتري يشتري ساقط الخيار ، لا يسقط من البائع (وزارة الأوقاف) ضمان عدم تسام المبيع بالحالة التي كان عليها وقت رسم المزاد وتصرفه فيه بالمدم والبناء وبيع نفسه وقبض ثمنه ، ما دام كل ذلك كان من فعله وبعد رسم المزاد (نقش مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٧ ص ٢٩١) . (١) بوردو وسيتيا فقرة ٤٠٧ ص ٤١٤ - ص ٤١٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٤ .

فعلا . (ثانياً) أن يكون التعرض هو ادعاء الغير حقاً على المبيع . (ثالثاً) أن يكون هذا الحق سابقاً على البيع ، فإذا كان ثانياً له ، وجب أن يكون الغير قد اعتمدته من البائع .

٣٤٠ - أولاً - أنه يقع التعرض فمعط : قلنا أن المادة ٤٩٣ مدني تقضي بأن « يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه » سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع بحيث يجب به على المشتري . فيجب إذن أن يقع التعرض فعلاً من الغير ، والغير هنا هو أجنبي ليس طرفاً في عقد البيع . فليس الغير حقاً على المبيع ، ويرفع بهذا الحق دعوى على المشتري ، وهذا هو في الأصل معنى وقوع التعرض فعلاً (١) . وهذه الدعوى تختلف باختلاف الحق الذي يدعيه الغير ،

(١) نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٩ ص ٢٨٠ - أما إذا لم يقع التعرض فعلاً ، بل خيف من وقوعه ، فإن هذا لا يكفي لتسحق الضمان . ولكن المشتري في هذه الحالة ، إذا كان لم يطلع الخن ، يجوز له سبب مجرد الخشية من وقوع التعرض ، ومع ذلك يجوز للبائع أن يطلب باستيفاء الخن على أن يقدم كفيلاً (م ٢/٤٥٧ مدني) . فإذا كان للمشتري قد دفع الخن ، وعشى من وقوع تعرض لما يقع ، فليس له أن يسترد الخن ليعبه ، وليس له رفع دعوى ضمان التعرض ما دام التعرض لم يقع ، ولكن يكون له الحق في طلب فسخ البيع ، ويكون له الحق أيضاً إذا كان المبيع غير مملوك للبائع أن يطلب إبطال البيع ( بلانويول وروبيير وهامل ١٠ ص ٩٩ هامش ١ ) .

ويرتّب على ما قلناه أن مجرد وجود حق ومن على المبيع لا يثبت به الضمان ، ما دام الدائن المزمّن لم يتخذ أي إجراء على العين المبيعة ( نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٢٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٠ ص ٧٦ - استئناف غخلط ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٢ ) ، وقد لا يتخذ هذا الإجراء إذا استوفى من البائع حقه (بودري وسينيا فقرة ٢٥١ مكررة أولاً) . ولكن متى أخذ الدائن المزمّن المشتري بالنفع أو التخلية ، يكون التعرض قد وقع فعلاً (استئناف غخلط ٩ مارس ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥) . على أن مجرد ظهور حق ومن أو حق اختصاص أو حق ارتفاق على العين يميز للمشتري طلب فسخ البيع ، وإن لم يحصل التعرض فعلاً (استئناف وطني ٢٦ يناير سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ٥١ - ٨ - مارس سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٥ ص ٨٩ - ٢٧ - ديسمبر سنة ١٩١١ الحقوق ٢٨ ص ١٢٣ - ٢ - ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١/١٢٠ ص ١١٦ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ٩٨ ص ٣٢٢) . كذلك إذا كان المبيع في حيازة غير البائع ، فإن هذا لا يكفي لتسحق الضمان ، والمشتري أن يطلب من البائع تسليم المبيع ، كما يجوز له أن يرفع دعوى استرداد على المائز فان لم يسلم = (م ٤١ - قرويط ج ٤)

فقد تكون دعوى استحقاق كل يطالب بموجبها الغير المشتري بملكية المبيع كله ، أو دعوى استحقاق جزئى يطالب بموجبها بملكية بعض المبيع ، أو دعوى رهن يطالب فيها بدين مضمون برهن على المبيع (١) ، أو دعوى ارتفاق يطالب فيها بحق ارتفاق على المبيع ، أو دعوى إيجار يتسك فيها الغير على المشتري بعقد إيجار صلر له كستاجر . وقد لا يكون الغير هو المدعى فى هذه الدعوى ، بل يكون مدعى عليه . ويتصور ذلك بأن يكون المبيع فى يد الغير ، فيرفع عليه المشتري بعد صدور البيع دعوى يطالب فيها به . فيتمسك الغير فى هذه الدعوى بالحق الذى يدعيه على المبيع بموجب دفع يدفع به دعوى الاسترداد التى رفعها المشتري . فالتعرض إذن يكون واقعاً فعلاً من الغير ، بدعوى رفع أمام القضاء يكون فيها الغير إما مدعياً أو مدعى عليه (٢).

= يدعوا بل ادعى أن له حقاً على المبيع تخفى شأن التعرض (بودرى وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة ثانياً) . ويجرد الخشية من الاستحقاق لا يكتفى (استئناف مخطط ٥ دجنبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥٥ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣١) ، وكذلك لا يكتفى عدم تسليم مستندات الملكية ما دام لم يتعرض أحد المشتري . استئناف مخطط ١٣ يناير سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ١٥٨) ، ولا مجرد عدم إثبات ملكية البائع للمبيع (استئناف مخطط ١١ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠٦) ، ولا عدم شطب الرهن إذا كان الدين قد دفع (استئناف مخطط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧) .

، ولكن يكتفى الرجوع بفهان التعرض أن يكون المشتري لم يستطع الانتفاع بالمبيع ، حتى لو لم ترفع عليه دعوى الاستحقاق من المستحق (استئناف مخطط ٧ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٣٨) . وإذا وقع التعرض للمشتري ونزعت حيازته ، فالمشتري هو الذى يرفع دعوى الاسترداد لا البائع ، إذ لا صفة لبائع بعد البيع فى رفع هذه الدعوى (استئناف مصر ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ الماماة ٧ رقم ١/١٥٥ ص ٢١٦) . وإذا رفضت دعوى شأن الاستحقاق ، جاز البائع دفعها بأن المالك قد أقر البيع ، وهذا بخلاف دعوى الإبطال فى بيع ملك الغير (استئناف مخطط ١٤ دجنبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٥) .

(١) وذلك بأن يلجأ الدائن المرتب إلى نزع ملكية المقار المبيع ، ويقع التعرض فى هذه الحالة كما قلنا بمجرد إنذار المشتري بالدفع أو التخلي ، فيجوز عندئذ للمشتري أن يطلب من البائع أن يدفع عنه هذا التعرض بأن يوفى الدائن دينه أو يعمل على شطب الرهن بأية وسيلة . ويجوز الحكم على البائع بتسليمه تلبية حتى يقوم بمنع التعرض (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٤٦ ويشير إلى سكين فى هذا المعنى) .

(٢) وقد نفست محكمة النقض بأن شأن المبيع المترتب على البيع ينحصر فى تسليم المبيع للمشتري دون منازحته فيه من الغير . فإذا عجز البائع عن التسليم أو عجز عن كف منازعة =

هل أن رفع الدعوى أمام القضاء ، وإن كان التعرض من الغير يقع به في الغالب ، ليس ضرورياً لوقوع التعرض فعلاً ، فقد يقع التعرض من الغير دون أن ترفع . دعوى . ويتحقق ذلك إذا اعتقد المشتري أن الغير على حق فيما يدعيه (١) ، فيسلم له ادعائه أو يصالحه عليه أو يدفع له الدين المضمون برهن على أن المبيع أو نحو ذلك (٢) . ولكن المشتري في هذه الحالة يخاطر بأحد أمرين : أولهما أن يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق فيما يدعيه على خلاف ما اعتقده المشتري ، وعندئذ يفقد المشتري حقه في الرجوع على البائع بالضمان . والثاني أنه حتى إذا لم يستطع البائع أن يثبت ذلك ، فإن له ، طبقاً للمادة ٤٤٢ مدني . أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه للبائع أو قيمة ما أداه مع القوائد القانونية والمصروفات ، وسأني بيان ذلك .

كذلك يعتبر التعرض واقعاً فعلاً دون أن ترفع دعوى ، إذا كان البائع غير مالك للمبيع ، وبعد البيع ملكه المشتري بسبب آخر غير البيع الصادر له . مثل ذلك أن يبيع شخص شيئاً غير مملوكة له ، فلا تنتقل الملكية للمشتري بالبيع ،

---

.. الغير المشتري وجب عليه الضمان. وهذا الضمان في الحالتين مرجعه بيع البائع ما لا يملك ، إلا أن المبيع كان في الحالة الأولى تحت يد الغير وقت البيع فصدر التسليم ، وكان في الحالة الثانية تحت يد المشتري فاسترده مالكة الحقيقي ونزعت بذلك الملكية من المشتري . وإنه يترتب على هذا الضمان بطلان البيع في الحالة الأولى أو فسخه في الحالة الثانية وإلزام البائع برد الثمن مع التضييعات ( نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ ص ١٣٦٤ ) . ولا يفهم من هذا الحكم أن الضمان في الحالة الأولى محصور في بطلان البيع باعتباره بيع ملك الغير ، ذلك أن ضمان الاستحقاق يقدم حتى في هذه الحالة ، ويكون المشتري اختياراً بين إبطال البيع باعتباره بيع ملك الغير ، وبين الرجوع بضمان الاستحقاق على البائع ( أنظر الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٠٥ ص ٣٥٧ - الأستاذ محمد كامل مرس فقرة ١٦٩ ص ٢٩٢ - وانظر بودوي وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة ثانياً - دى باج ٤ فقرة ١٣٨ ) .

(١) وقد يكون هذا الاحتياط مبنياً على أسباب قوية ، كما إذا كان المبيع مرحوناً فيخيله لئلا ينال المزتمين ( يبدان ١١ فقرة ١٩١ أولاً ) ، أو كان سند ملكية البائع عقد هبة ورزق الواهب بعد الهبة ولداً أو كان الواهب ولد يملكه ميتاً وقت الهبة فإذا وحى ثم يرجع الواهب في هبه ( م ٥٠١ حرف ج مدني ) . أنظر في هذا المعنى بودوي وسينيا فقرة ٢٥٠ ص ٣٤٧ - أنسيكلويدى دالغوز • لفظ vente فقرة ١٢٩١ .

(٢) أنظر المادة ٤٤٢ مدني وسأني بيانها - وانظر آزري ورو • فقرة ٣٥٥ ص ٦٧ -

• ص ١١ فقرة ١٩١ ص ١٤٥ .

ولكن المشتري يرث العين من المالك أو يشتريها منه أو يوصي المالك له بها فننقل إليه الملكية بسبب آخر غير البيع ، فتكون العين في الواقع من الأمر قد استحققت للمالك الحقيقي ثم انتقلت ملكيتها بعد ذلك من المالك الحقيقي إلى المشتري (١) . ومن ثم تكون العين قد استحققت فعلا ، فوجب البائع ضمان الاستحقاق (٢) .

ويترتب على أن ضمان التعرض والاستحقاق لا يتحقق إلا من وقت وقوع أعمال التعرض أو ثبوت الاستحقاق ، أن التقادم لا يسرى بالنسبة إلى ضمان التعرض إلا من وقت وقوع التعرض ، ولا يسرى بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من وقت ثبوت الاستحقاق ( ٢/٣٨١ مدني ) ، ومدة التقادم في الحالتين خمس عشرة سنة . ويبقى البيع مرئياً لضمان التعرض والاستحقاق دائماً كما سبق القول ، ولا يسرى التقادم إلا من وقت وقوع التعرض أو ثبوت الاستحقاق (٣) .

**٢٤٦ - ثانياً : أنه يكسره التعرض هو اوعاء الفبر عفا على البيع :**  
هنا يجب التمييز بين التعرض المبني على سبب مادي والتعرض المبني على سبب

(١) أو يكون البيع مرهوناً ، فيسجل المشتري في المزايد فيرسو عليه بتكاليف أكثر ف يرجع بدعى الاستحقاق على البائع ، أو يدفع الدين للدائن المرتهن حتى لا تباع الدين يرجع على البائع بما دفعه على أساس ضمان الاستحقاق ( بودري وسينيا فقرة ٣٥٠ ص ٣٤٨ - أنسيكلوبيدي دالوز - لفظ vente فقرة ١٢٩٥ ) .

(٢) أوردان ٢٤ فقرة ٢١٦ - أوبري ورو - فقرة ٣٥٥ ص ٦٧ - بودري وسينيا فقرة ٣٥٠ - أنظر أيضاً بلانتيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٠ ص ١٠٦ (ويميلون إلى القول بأن المشتري يتكفي في هذه الأحوال بدعى التمسح أو دعوى إبطال بيع ملك الغير) .  
(٣) نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ - ٥ دمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٩ ص ٢٨٠ - استئناف وطني ٣٠ مارس سنة ١٩١٧ الحفوق ٣٣ ص ٤١ - استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٢٠ ص ٢٥٧ - ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٢/١٦٥ ص ٣٤٢ - استئناف مخطوط ٢٢ دمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٦٧ - ٣٠ دمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٣ - ٢٢ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٨ - استئناف مخطوط ( دوائر مجتمعة ) ٢٣ مايو سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٤٤٦ .



قانونى . وقد رأينا فى التعرض الصادر من البائع أنه يستوى أن يكون التعرض مبنياً على سبب قانونى أو مبنياً على سبب مادى ، أما فى التعرض الصادر من الغير فيجب أن يكون هذا التعرض مبنياً على سبب قانونى .

فالتعرض المبنى على سبب مادى الصادر من الغير لا يتحقق به ضمان البائع لهذا التعرض (١) . ويكون التعرض مبنياً على سبب مادى ، كما رأينا ، إذا لم يكن الغير يدعى فى تعرضه حقاً على المبيع ، بل هو يلجأ فى تعرضه للمشتري إلى أعمال مادية محضة ، بل وإلى تصرفات قانونية ، ولكنه لا يدعى فى كل ذلك أن له حقاً على المبيع . فاذا انتزع الغير المبيع من المشتري عنوة ، كان هذا عملاً مادياً محضاً ، ولا يكون البائع مسئولاً عنه . ويجزى المشتري فى ذلك الحماية العامة التى يولها إياه القانون ، فهو يستطيع أن يواجه الغير بدعاوى منع التعرض واسترداد الحيازة ونحوها إذا توافرت شروطها ، وهو يستطيع أن يرفع شكواه إلى الجهات الإدارية وغيرها لمنع الغير من اغتصاب ملكه ، ويستطيع فى جميع الأحوال أن يرجع على الغير بالتعويض عن كل ما أصابه من ضرر بسبب هذا التعرض المادى ، وليس للبائع شأن فى شيء من ذلك . وإذا كان المبيع مقولاً وسرقه الغير من المشتري ، كان الحكم هو ما قدمناه . وإذا كان المبيع متجراً وأقام الغير إلى جواره متجراً مماثلاً ونافس المشتري منافساً غير مشروعة ، فليس البائع مسئولاً عن ذلك ، وعلى المشتري أن يرجع على الغير بجميع الدعاوى التى يقررها القانون فى مثل هذه الحالة . وإذا كان للبيع دأراً ، وأجرها الغير دون أن يدعى أن له حقاً فى إيجارها ، فهذا تصرف قانونى يعتبر فى حكم الأعمال المادية ، ولا يكون للبائع شأن فيه ، وعلى المشتري أن يطرد المستأجر من داره وأن يقاضى الغير الذى أجر له بالوسائل التى ينوئها إياه القانون . فما دام الغير لا يدعى حقاً ما على المبيع فيصح به على المشتري ، فالتعرض الصادر منه يعتبر تعرضاً مبنياً على سبب مادى ، ولا يكون البائع

---

(١) نقض مدنى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٢ ص ١٩٤ (ولو كان الضمان منصوباً عليه فى العهد) — استئناف غنطس ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢١٠ — ٢٠ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٨٣ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٥٩ .

ضامناً له أو مستولاً عنه (١) .

وحتى يكون البائع ضامناً لتعرض الغير يجب أن يكون هذا التعرض مبنياً على سبب قانوني ، كما سبق القول ، وذلك بأن يدعى الغير حقاً على المبيع محتج به على المشتري في دعوى برقمها عليه (٢) ، أو ترفع عليه من المشتري ، أو دون دعوى مع وقوع التعرض فعلاً (٣) ، على النحو الذى بسطناه فيما تقدم . ولا يلزم أن يكون الحق الذى يدعيه الغير ثابتاً ، بل يكفي مجرد الادعاء به حتى لو كان هذا الادعاء ظاهر البطالان (٤) .

وهذا الحق الذى يدعيه الغير على المبيع ويحتج به على المشتري يجوز أن يكون حقاً عينياً أو حقاً شخصياً . وكان التقنين المدنى السابق ( م ٣٧٤/٣٠٠ ) بشرط أن يكون حقاً عينياً (٥) ، فصصح التقنين المدنى الجديد هذا الخطأ

---

(١) استئناف مغلط ٢٦ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٤٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٦ - وإذا كان التعرض المادى الصادر من الغير قد وقع قبل تسليم المبيع ، وجب على البائع دفعه ، ولكن لا بموجب التزامه بالفيضان ، بل بموجب التزامه بالتسليم ( الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٥٩ ) .

(٢) أما إذا رفع الغير الدعوى على البائع ، ولم يدخل فيها المشتري ، فالحكم الصادر في الدعوى لا يكون حجة على المشتري ، ومن ثم لا يكون هناك على الرجوع المشتري على البائع بشأن التعرض أو الاستحقاق ( نفس مدى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض رقم ٢٨ ص ٥٩٢ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض رقم ٣٥ ص ٢٥١ ) .

(٣) ويشترط ألا يكون المشتري قد تسبب خطأ في هذا التعرض ، كمن كان قد تمهده بدفع الدين المفسون برهن على المبيع ولم يدعمه فزع الدائن المرتين ملكية المبيع ( استئناف مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ الحاماة ٦ رقم ٢/٣٠٠ ص ٤٢٨ - المنيا ٢٢ يولييه سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ١/٢٩٥ ص ٥٧٢ ) .

(٤) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٩

(٥) وقد قضت محكمة النقض في عهد التقنين المدنى السابق بأن المادة ٣٠٠ مدنى صريحة في أن ضمان البائع لا يشمل إلا الحقوق البينية ، رسق المتأجر على الدين المؤجرة ليس إلا حقاً شخصياً ، فهو لا يدخل في حكم هذه المادة ( نفس مدى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ بمجموعة عمر ١ رقم ١٦ ص ٢٦ ) . وأنظر أيضاً : استئناف وطني ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ الحاماة ٣ رقم ٢٠٥ ص ٢٧١ ( لا تدخل في الإجارة في عبارة التكاليف ) - استئناف مغلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣١ ص ٣٣٠ .

وأطلق ولم يشترط في الحق أن يكون حيناً (١) .

ومثل الحق العيني الذي يبدعه الغير على المبيع حق الملكية على المبيع كله أو على جزء منه شائع أو غير شائع ، فيقتطع الغير إلى المشتري باعتباره المالك الحقيقي للمبيع كله أو بعضه وبطلب برد ما يبدعه ، ويرفع عليه دعوى استحقاق كلي أو جزئي (٢) . وقد يكون الحق العيني حق رهن يبدعه الغير على المبيع ، أو حق اختصاص (٣) ، أو حق امتياز ، وقد يكون حق انتفاع ، أو حق حكر (٤) ، أو حق ارتفاق (٥) . ولم يميز التقنين المدني المصري بين حق الارتفاق وبين غيره من الحقوق العينية الأخرى التي تقدم ذكرها ،

(١) انظر آتفاً فقرة ٣٢٩ في الماشي . والعبارة بتاريخ البيع ، فإذا كان قد تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى التقنين السابق ، وإلا فالتقنين الجديد .

(٢) فإذا كان الغير يطلب بشيء ليس جزءاً من المبيع ، لم يتحقق الضمان حتى لو طئه المشتري خطأ جزءاً من المبيع ، كما إذا اشترى شخص أرضاً وولى أشجاراً مفروسة في حدودها فظنها تابعة للأرض ، وتبين بعد الشراء أنها لا تتبع الأرض بل هي الجار ، فليس المشتري أن يرجع على البائع بالضمان في هذه الحالة ما دام البائع لم يدخل الأشجار في المبيع ( يوردي وسيليا فقرة ٣٥١ مكررة ثالثة ) . ولكن سئى أنه إذا وجد حق ارتفاق ظاهر للمبيع المأمن المشتري إلى وجوده ، ضمنه البائع حتى لو لم يذكر في عقد البيع ، فلو تبين أنه غير موجود وجع المشتري على البائع بالضمان ( انظر ما يلي فقرة ٣٥٨ في الماشي - يوردي وسيليا فقرة ٣٩٠ ) وقد قلنا أن ضمان الاستحقاق غير ضمان العجز في مقدار المبيع .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن البائع يضمن المبيع من كل تعرض للمشتري يستند إلى حق ووجه قانوني ، ويشمل ذلك وجود دين شخصي على مورث البائع وحصول الدائن على حكم بدينه ثم حل حق اختصاص على المبيع (نقض مدني ٢٤ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩ ص ٧١) .

(٤) استئناف مخطوط ١٠ مارس سنة ١٩٠٩ م ٤١ ص ٢٤٩ - ٢٣ يونيو سنة ١٩٦٠ م ١٢ ص ٤٨٣ - ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٢٩ - ٢٥ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٦٥ - ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٤٠ ص ١٨٧ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٤٥ ص ٥٤ .

(٥) وقد يكون التعرض واجباً إلى أن البائع قد باع المبيع ومنه حقوق ارتفاق تقررت لفائده ، ثم ظهر أنها غير موجودة ، فيرجع المشتري على البائع في هذه الحالة ببيان الاستحقاق الجزئي . ويجب لتحقق الضمان أن تكون حقوق الارتفاق هذه المذكورة في عقد البيع ، أو تكون ظاهرة بحيث يكون المشتري قد المأمن إلى وجودها فتكون في حكم المذكورة ضمناً ( أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٧٨ - بلانويول وبيير وهامل ١٠ فقرة ٩٧ ص ١٠٢ وهاش وقم ٤ ) .

كما ميز القنين المدني الفرنسي حق الارتفاق بإفراده بالذكر (م ١٦٢٦ مدني فرنسي) لاعتبارات تاريخية ترجع إلى تقاليد القانون الرماني وقد سبق بيانها (١). بل إن القنين المدني المصري جعل حق الارتفاق كسائر الحقوق العينية ، وشملها جميعاً بالعبارة التي وردت في المادة ٤٢٩ مدني : « . . فعل أجنبي يكون له . . حق على المبيع » .

ومثل الحق الشخصي الذي يدعيه الغير حق المستأجر . فإذا كان الغير يدعي أنه استأجر من البائع العين المبيعة بإيجار له تاريخ ثابت سابق على المبيع ، واحتج بحقه على المشتري طبقاً للفقرة الأولى من المادة ٦٠٤ مدني ، كان هذا الادعاء من جانب الغير تعرضاً مبنياً على سبب قانوني يضمنه البائع . ويلتحق بذلك أن يدعي الغير ، وهو مستأجر للعين المبيعة ، أنه دفع الأجرة مقدماً للبائع ، ويحتج بمخالصة صادرة من البائع ، مسجلة إذا كانت الأجرة المعجلة عن مدة تزيد على ثلاث سنوات ، أو غير مسجلة إذا كانت المدة لا تزيد على ذلك ، فيكون تمسك المستأجر بهذه المخالصة تعرضاً مبنياً على سبب قانوني يضمنه البائع .

## ٢٤٢ - ثانياً - أنه يكون الحق الذي يرهيه الغير سابقاً على البيع

أو يكونه نالبار ولكنه مستقدم من البائع : ويجب أخيراً لتحقيق ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير أن يكون الحق الذي يدعيه الغير على المبيع (٢) حقاً يدعي أنه موجود قبل البيع الصادر إلى المشتري .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٥ .

(٢) ويجب أن يكون الحق المدعى به منصباً أصلاً على المبيع ، لا آتياً عرضاً عن طريق قاعدة عدم تجزئة الرهن . فإذا كان الدائن المرتهن لم يزرع ملكية القدر المبيع ، بل إنه عند تسوية دينه ظهر أن له بقية منه أراد أن يضعها على العين المبيعة بسبب قاعدة عدم تجزئة الرهن ، فرفع المشتري على البائعين دعوى بطلب قسمة هذه البقية التي هي زائدة على الدين الذي سبق أن دفعه لهم والبتك المرتهن ، فإن تكييف هذه الدعوى بأنها دعوى ضمان استحقاق أو زرع ملكية هو تكييف غير صحيح . والصحيح الملل عليه فقط هو عقد البيع وما تارته من ظروف . وحكم هذا المقد أن المشتري خلف البائعين في ملكية الأطنان التي اشتراها منهم مرهونة مع الأطنان الأخرى ، وأن ضمان البائعين من ناحية مبلغ الرهن هو ألا يكون نسيب الأطنان المبيعة فيه وقت التعاقد أكثر مما ذكر في العقد . =

وهذا ما تصرّح به المادة ٤٣٩ مدني ، كما رأينا ، إذ نقول : . . فعل اجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع . . . فإذا سلم الغير أن الحق الذي يدعيه على المبيع لم يثبت له إلا بعد البيع ولم يستمده من البائع ، لم يكن البائع مسئولاً عن الضمان . ويرجع ذلك في كثير من الأحوال إلى أن الحق الذي يدعيه الغير ثبوته بعد البيع لا يحتاج به على المشتري ويجب لتحقيق الضمان أن يكون الحق بما يحتاج به على المشتري كما قدمنا . فإذا ادعى الغير أنه اشترى المبيع بعد البيع ، فإذا كان اشتراه من غير البائع ولم يكن هذا مالاً ، لم يتحقق الضمان ، ليس فحسب لأن الحق الذي يدعيه الغير لاحق للبيع ، بل أيضاً لأن الحق لا يحتاج به على المشتري إذ هو مستمد من غير المالك . وإن كان اشتراه من غير البائع وكان هذا هو المالك الحقيقي للمبيع ، تحقق الضمان بالرغم من أن حق الغير ثبت بعد البيع ، وذلك لأن المستحق في هذه الحالة ليس هو الغير بالذات بل هو المالك الحقيقي الذي باع الغير ، وهذا حقه ثابت قبل البيع . وإذا ادعى الغير أنه مستأجر لعين المبيعة ولكن الإيجار صدر بعد البيع ، لم يكن البائع ضامناً ، ليس فحسب لأن حق المستأجر لاحق للبيع ، بل أيضاً لأنه حتى لا يستطيع المستأجر أن يحتاج به على المشتري . ولكن قد يتحقق في بعض الأحوال أن يكون الحق الذي يدعيه الغير لاحقاً للبيع ويستطيع مع ذلك الاحتجاج به على المشتري ، فلا يكون البائع عندئذ مسئولاً عن الضمان . مثل ذلك أن يتمسك مستأجر العين المبيعة على المشتري بمدة الإيجار بموجب قانون استثنائي صدر بعد البيع ، فهنا يتمسك المستأجر بحق لم يثبت له إلا بعد البيع ، فلا يكون البائع ضامناً . وهذا بخلاف ما إذا كان القانون الاستثنائي الفاضل بمدة الإيجار قد صدر

---

== وأما باقي الدين الذي يصيب الأديان الأخرى المرهونة مع الأديان المبيعة فلا شأن للبائعين بضمانه ، ولا تطبق عليهم أحكام القانون المدني الواردة في باب ضمان المبيع عند استحقاقه للغير أو عند نزوح ملكيته كله أو بعضه . ويرجع المشتري في هذه الحالة ، وقد حل محل الدائن المرتن فيما دفعه بسبب قاعده عدم تجزئة الزمن ، على أصحاب الأديان الأخرى التي فك رهنها عن طريق هذا الدفع ( نقض مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٨ ص ١٠٥٤ ) . ويمكن القول هنا إن سبب عدم ضمان البائع يرجع أيضاً إلى أن الحق الذي يدعيه الغير ( الدائن المرتن ) لم يثبت إلا بعد البيع ، أي عند تسوية الدين وظهور بقية منه وضمان الدائن المرتن على الدين المبيعة . ومنرى أن البائع لا يضمن حقاً للغير يثبت على المبيع بعد البيع .

قبل البيع ، إذ يكون حق المستأجر في هذه الحالة قد ثبت قبل البيع ، فيجب الضمان على البائع (١) . ومثل ذلك أيضاً أن يبيع شخص عيناً مملوكة له ولكنها في حيازة شخص آخر مدة بلغت اثنتي عشرة سنة مثلاً ، وتبقى العين بعد البيع في حيازة هذا الشخص إلى أن يستكمل مدة التقادم خمس عشرة سنة (٢) . فيتملكها . ففي هذه الحالة قد ثبت حق الغير على العين ، ولكن البائع لا يكون مسؤولاً عن الضمان ، لأن هذا الحق لم يثبت للغير إلا بعد البيع (٣) . إما إذا كان الحائز قد استكمل مدة التقادم خمس عشرة سنة قبل البيع ، ثم يبيع العين بعد ذلك ، كان البائع مسؤولاً عن الضمان ، لأن الحق الذي يتمسك به الغير قد ثبت له قبل البيع (٤) . ويلحق بهذا القرض ما إذا كان الحائز وقت البيع قد قارب استكمال مدة التقادم ، بحيث لم يبق إلا وقت قصير لا يتمكن فيه المشتري من اتخاذ إجراءات تقطع التقادم . فإذا كان الحائز قد وضع يده على العين مدة خمس عشرة سنة إلا شهراً مثلاً ، ثم يبيع العين ، فإن المشتري لا يتيسر له في الشهر الباقي تمام مدة التقادم أن يكشف عن هذا الوضع وأن يتخذ الإجراءات اللازمة لقطع التقادم ، فيكون الحق الذي يتمسك به الغير في هذه الحالة في حكم الثابت قبل البيع ، ومن ثم يكون البائع مسؤولاً عن الضمان (٥) .

على أن ضمان البائع لتعرض الغير يتحقق حتى لو كان الحق الذي يدعيه الغير لاحقاً للبيع ، إذا كان المشتري قد استمد هذا الحق من البائع نفسه . وفي هذا تقول العبارة الأخيرة من المادة ٣٤٩ مدني : « ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو

(١) بودي وسينيا فقرة ٣٥٢ - بلايول وريير وحامل ١٠ فقرة ١٠١ ص ١٠٦ وحاشي رقم ٥ .

(٢) ويجوز أن يكون الحائز قد اشترى العين من غير المالك وهو حسن النية ، فيتملكها بمدة التقادم القصير وهي خمس سنوات ( استئناف مخطط ١٤ مارس ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٨ ) .

(٣) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٨ - بودي وسينيا فقرة ٣٥٤ - بلايول وريير وحامل ١٠ فقرة ١٠١ ص ١٠٧ - بيدان ١١ فقرة ١٩٣ - هكس ذلك لوران ٢٤ فقرة ٢٢٢ .

(٤) نقض مدني ٣١ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة حر ٥ ودم ٤٠٢ ص ٧٤٤ .

(٥) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٨ - بودي وسينيا فقرة ٣٥٤ - بلايول وريير وحامل ١٠ فقرة ١٠١ ص ١٠٧ - هكس ذلك بيدان ١١ فقرة ١٩٣ .

كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع ، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه . فإذا باع شخص عقاراً مرتين ، وسجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول ، فإن المشتري الثاني وقد ملك المبيع يكون حقه لاحقاً للبيع الأول ، ومع ذلك يكون البائع مسئولاً عن الضمان نحو المشتري الأول بموجب البيع الأول ، لأن حق المشتري الثاني وإن كان لاحقاً للبيع الأول إلا أنه مستمد من البائع نفسه . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا باع المالك المنقول مرتين وسلمه للمشتري للثاني وكان هذا حسن النية ، وذلك لنفس الاعتبارات المتقدمة (١) . وكذلك يكون الحكم فيما إذا رهن المالك العقار ثم باعه ، وقيد الدائن المرتين رهنه قبل أن يسجل المشتري (٢) .

وفي الأحوال التي يتحقق فيها ضمان البائع للتعرض لأن حق الغير وإن كان لاحقاً للبيع إلا أنه مستمد من البائع نفسه ، يكون البائع مسئولاً عن التعرض باعتباره صادراً من الغير وباعتباره صادراً منه وفي وقت واحد . ويترب على ذلك أنه لا يجوز الاتفاق في هذه الحالة على إسقاط الضمان ، لا باعتبار أن التعرض صادر من الغير ، بل باعتبار أن التعرض صادر من البائع .

ولا يشترط لضمان البائع للتعرض الصادر من الغير أن يكون المشتري وقت

---

(١) ويلاحظ أنه في حالة بيع المنقول مرتين ، تنقل ملكية المنقول المبيع إلى المشتري الحائز لامن البائع ، بل من المشتري غير الحائز ، ومن ثم لا تنطبق حرفية النص وهو يقول : « إذا كان الحق قد آل إليه من البائع نفسه » . ولكن المقصود من النص هو أن يكون الحق قد آل إلى الغير نتيجة لفعل البائع ( الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ١٦١ هامش رقم ١ ) . ويجب التبيان إذا نزع ملكية المبيع للمصلحة العامة في الفترة ما بين العقد الابتدائي والعقد اللاحق لإضفاء العقد النهائي ، فإن المبيع تكون ملكيته قد نزع عن البائع فأقرب سبب الاستحقاق من جهته استثناء مخطط ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ ) .

ومن الفقهاء من يجعل للبائع مسئولاً عن الضمان حتى لو كان سبب الاستحقاق أسراً من السلطة العامة صدر بعد البيع ، إذا ثبت أن هذا الأسر لم يصدر إلا بناء على شكوى البائع ، كما لو نظم البائع من نظام البري المفرد في منطقة الأرض المبيعة ، وترتب على تطلعه تغيير هذا النظام تنفيذاً أسراً بالأرض المبيعة ( الأستاذان أحمد نجيب الحلال وسامد زك فقرة ٣٥٧ هامش ٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٠ ص ٢٨٠ ) .

(٢) بوردى وسينيا فقرة ٢٥١ مكررة .

البيع غير عالم بالحق الذى يدعيه الغير ، أو أن يكون البائع عالماً بهذا الحق . فحتى لو كان المشتري عالماً بالحق الذى يدعيه الغير ، وحتى لو كان البائع لا يعلم به ، فإن البائع يكون مع ذلك مسئولاً عن الضمان إلا إذا اشترط عدم مسئوليته باتفاق خاص وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ مدنى ، وسيأتى بيان ذلك . على أن حق الارتفاق يمكن لعدم الضمان فيه أن يكون المشتري عالماً به ، أو أن يكون ظاهراً بحيث يستطيع المشتري أن يعلم به . وهذا حكم خاص بحق الارتفاق ، تأثر فيه التقنين المدنى المصرى بتقاليد التقنين المدنى الفرنسى التى ترجع إلى عهد القانون الرومانى وقد سبق أن بيناها . ولكن التقنين المصرى جعل عدم ضمان حق الارتفاق إذا كان ظاهراً أو كان المشتري يعلم به راجعاً إلى اتفاق ضمنى على عدم الضمان ، إذ تقول الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدنى فى هذا الصدد : « ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري » . أما التقنين الفرنسى فيجعل . عدم علم المشتري بحق الارتفاق (١) وعدم ظهور هذا الحق شرطين يجب توافرها حتى يكون البائع مسئولاً عن الضمان .

### ٣٤٣ - (ب) المدين فى الالتزام بفصله الترضى الصادر من

الغير - هرم قابلية الالتزام وقابلية الملتصق - المدين فى الالتزام بضمان الترضى الصادر من الغير هو البائع أيضاً ، فهو ضامن للتعرض الصادر

(١) وكذلك بالتكاليف الأخرى غير حق الارتفاق ، كحق الانتفاع وحق المستأجر . فيجب فى القانون الفرنسى أن يكون المشتري وقت البيع لا يعلم بهذه التكاليف ، فإن كان عالماً بها لم يكن البائع مسئولاً عن الضمان . أما فى التقنين المصرى فالذى ذكر فى الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدنى هو حق الارتفاق ، ولم يذكر غيره كحق الانتفاع وحق المستأجر . ويتوقف على ذلك أن الضمان يستحق فى هذين الحقتين الآخرين ولو كان المشتري يعلم بهما وقت البيع ، ما لم يشترط البائع عدم الضمان . وحق الرهن لا يعتبر تكليفاً فى القانون الفرنسى ، ومن ثم يكون الحكم واحداً بالنسبة إليه فى القانون المصرى والفرنسى ، ويكون البائع مسئولاً عن الضمان فى كل من القانونين حتى لو كان المشتري يعلم وقت البيع بهذا الحق ، ما لم يشترط البائع عدم الضمان ( أنظر فى هذه المسألة فى القانون الفرنسى بلانبول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٨ بقرة ٩٩ وفقرة ١٠٢ ) .



منه وضامن في الوقت ذاته للتعرض الصادر من الغير (١). ولا ينتقل التزامه بضمان تعرض الغير إلى الخلف العام ، كما لا ينتقل التزامه بضمان تعرضه هو ، لنفس السبب وهو أن الالتزام في القانون المصري لا ينتقل من المورث إلى الوارث بل يبقى ديناً في التركة . فإذا باع شخص عينا مملوكة للغير ثم مات ، فإن المالك الحقيقي إما أن يسترد العين من المشتري ويرجع المشتري بالتعويض على التركة لا على الوارث ، وإما أنه لا يستطيع استرداد العين كأن كانت متوقفاً ملكه المشتري بالحيازة مع حسن النية ، وفي هذه الحالة يرجع بالتعويض على التركة أيضاً لا على الوارث (٢) . وغنى عن البيان أن الوارث لا يأخذ من التركة شيئاً قبل استئصال ديونها ، ومنها هذا الدين بالتعويض الذي تلزم به التركة إما للمشتري وإما للمالك الحقيقي . كذلك لا ينتقل التزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير ، كما لا ينتقل التزامه بضمان التعرض الصادر منه ، إلى الخلف الخاص . فلو أن شخصاً باع عينا لمشتري أول وانتقلت إليه الملكية ، ثم باع نفس العين لمشتري ثان ، فإن البائع يكون مسئولاً عن الضمان نحو المشتري الثاني ، ولا يكون المشتري الأول وهو الخلف الخاص للبائع على هذه العين مسئولاً عن الضمان .

ولا يتعدى التزام البائع بضمان تعرض الغير إلى دائته ، كما لا يتعدى إلى الدائن التزامه بضمان تعرض نفسه . فلو باع شخص عقاراً مملوكاً له ، ولم

---

(١) وقد قفست محكمة النقض بأنه ليس للمشتري في حالة استحقاق البيع لغيره إلا حق الرجوع على البائع بالضمان . فإذا كانت الأطنان ملكاً لوقف ، وباعها الناظر على أساس أنه تبادل فيها مع الوقف ، ثم باعها للمشتري إلى آخر ، ثم طالب الناظر الجديد للمشتري الثاني بتثبيت ملكية الوقف لها ، فلا يحق لهذا المشتري ، إذا ما حكم بالزامه برد أطنان الوقف ، أن يطلب تسليمه أطنان الناظر السابق الخاصة التي وضع الوقف يده عليها بطريق البذل ، لأنه لم يكن متبادلاً مع الوقف وإلما هو مشتري من شخص آخر بعيد عنه ( نقض ملف ٣ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٠ ص ٦٦٨ ) .

(٢) وقد قفست محكمة استئناف أسيوط بأن واجب الضمان في عقود البيع ينتقل إلى التركة في الشريعة الإسلامية بعد وفاة البائع ، ولا يلتزم الورثة إلا بقدر ما استفادوا من التركة . ولا يلتزمون به في أموالهم الخاصة ، حتى لو شملت العين موضوع الضمان إذا خرجت من ملك المورث إلى أحد الورثة قبل وفاته ( استئناف أسيوط ٩ مارس سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٢٢٥ ) .

يسجل المشتري البيع ، وكان دائن البائع قد أخذ حق اختصاص على العقار قبل البيع ثم أخذ في تزج ملكيته ، فان التعرض المشتري هنا يعتبر صادراً من الغير من وجه كما سبق القول ، ولا يستطيع المشتري في هذه الحالة أن يحتج على الدائن بالتزام البائع بضمان تعرض الغير ، لأن هذا الالتزام لا يمتد إلى الدائن .

ولكن كفيل البائع يكون ملزماً مع البائع بضمان التعرض الصادر من الغير ، فإذا باع شخص عيناً وكفله في البيع شخص آخر ، ثم ظهر أن العين المباعة مملوكة للكفيل لا للبائع ، فان الكفيل لا يستطيع أن يسرد العين . ذلك أن استرداد الكفيل للعين هو بالنسبة إلى المشتري تعرض صادر من الغير ، والبائع يضمن هذا التعرض وكذلك يضمنه كفيله ، فالكفيل إذن ضامن لهذا التعرض ومن وجب عليه الضمان لا يجوز له الاسترداد .

والتزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير ، كما سئى ، إما أن يطالب المشتري بتنفيذه عيناً فيدعو البائع إلى جعل الغير يكف عن تعرضه ، وإما أن يطالب بتنفيذه عن طريق التوفيق برجوعه على البائع بضمان الاستحقاق إذا تعلل التنفيذ العيني . وهذا الالتزام في صورته الأولى ، صورة المطالبة بالتنفيذ عيناً ، يكون غير قابل للانقسام . فلو باع شخصان داراً على الشيوع ، وتعرض للمشتري أجنبي يدعى حقاً على الدار ، كان للمشتري أن يطلب من أى من البائعين تنفيذ الالتزام بضمان التعرض كاملاً تنفيذاً عينياً ، بأن يطلب منه أن يجعل الأجنبي يكف عن تعرضه في الدار كلها لا في نصيب هذا البائع فحسب (١) . ولكن الالتزام في صورته الأخرى ، صورة المطالبة بالتوفيق ،

---

(١) ويرفع الأجنبي عادة دعوى استحقاق الدار على المشتري ، فيدفع المشتري أحد البائعين ضماناً في الدعوى ، وعلى هذا أن يثبت أن ادعاء الأجنبي لا أساس له في كل الدار لا في نصيبه فقط . ولهذا البائع أن يدعى البائع الآخر ضماناً به في الدعوى ليحاوته في هذا الإثبات وليحصل منه مصروفات الدعوى عند الانتضاء ، والمصروفات قابلة للانقسام فترقب عليها بنسبة نصيب كل منهما ، وليحكم عليه به بالتوفيق إذا ثبت استحقاق الأجنبي لدار ، والتوفيق أيضاً قابل للانقسام كما سئى فيحكم عليها كل بنسبة نصيبه في الدار ( لوران ٢٤ فترة ٢١٣ - جبرار ١ فترة ٣٤٠ - أوبري ورو ٥ فترة ٣٥٥ هامش ٧ وعامش ١٠ - بلانير وويجر وهامل ١٠ فترة ١١٠ - كولان - كاييتان ٢ فترة ٩٠٣ ) .

يكون قابلاً للاقسام، لأن محل الالتزام وهو دفع مبلغ من النقود يقبل الانقسام بطبيعته (١). ففى المثل المتقدم ، لو نجح الأجنبى فى تعرضه واسترد الدار من تحت يد المشتري ، رجع المشتري بضمان الاستحقاق على كل من البائعين بقدر نصيبه فى الدار ، ومن ثم ينقسم التعويض بينهما (٢) .

### ٣٤٤ - (ج) الرأى فى الالتزام لضمان التعرض الصادر

من الغير: الدائن هنا هو أيضاً المشتري ، كالدائن فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع ، فهو الذى يقع عليه التعرض فى الحالتين . وينقل هذا الحق إلى الخلف العام ، فلو أن شخصاً اشترى داراً وتركها لوارث ، وتعرض أجنبى للوارث فى الدار ، كان للوارث أن يرجع على البائع كما كان مورثه يستطيع أن يرجع .

وينقل هذا الحق أيضاً إلى الخلف الخاص فى العين المبيعة ، فلو أن شخصاً باع داراً ، وباع المشتري الدار لمشتري ثان ، فإن البائع يكون مازماً بضمان التعرض الصادر من الغير لأنمو المشتري الأول فحسب ، بل أيضاً نحو المشتري الثانى وهو الخلف الخاص للمشتري الأول فى الدار المبيعة . فإذا استرد الغير الدار من يد المشتري الثانى بعد أن أثبت ملكيته لها ، فإن المشتري الثانى يستطيع أن يرجع بضمان الاستحقاق على المشتري الأول وهو البائع له ، بموجب عقد

---

(١) استئناف مخطوط ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٠ - ويتنقسم التعويض على البائعين المتضمنين ما لم يوجد شرط بضمانهم (استئناف مخطوط ١٠ فبراير سنة ١٩٢١ م ٤٢ ص ٢٢٠) .

(٢) لوران ٢٤ فترة ٢١٣ - جيوارد ١ فترة ٣١٠ - بوردى وسجنا فترة ٣٦٧ - فترة ٣٩٨ - بلانول وريير وحامل ١٠ فترة ١٢٠ (وقانون ص ١٢٩ حاشى رقم ١) - كورلان وكايطن ٢ فترة ٩٧٢ .

ولكن لو مات البائع الملتزم بضمان الاستحقاق وترك ورثة متعددين ، فإن التركة تكون مسئولة من ضمان الاستحقاق، ولا ينقسم على الورثة ( الأستاذ محمد حلمى ميسى فترة ١٤٢٤ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحلشد زكى فترة ٢٤٧ - وفارن الأستاذ أنور سلطان فترة ٢٢٧ )

البيع الصادر له من هذا المشتري الأول (١). ويستطيع كذلك أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع عن طريق الدعوى غير المباشرة (٢) باستعمال دعوى المشتري الأول على البائع ، ولكنه في هذه الدعوى غير المباشرة يتحمل مزاحمة دائي المشتري الأول (٣) . ويستطيع أخيراً أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع بدعوى مباشرة ، وهي نفس دعوى المشتري الأول على البائع وقد انتقلت إليه من المشتري الأول كما قلنا (٤) . وهذه الدعوى المباشرة لها ميزتان : (١) لا يتحمل فيها المشتري الثاني مزاحمة دائي المشتري الأول ، وهو يتحمل هذه المزاحمة في الدعوى غير المباشرة كما قلنا . (٢) قد لا يكون للمشتري الثاني دعوى رجوع بضمان الاستحقاق على المشتري الأول ، كان

---

(١) وإذا رجع المشتري الثاني حل المشتري الأول ، كان للمشتري الأول أن يرجع حل البائع بما أداه هو للمشتري الثاني ، وقد يزيد حل الضمان الذي كان يرجع به حل البائع لو أن العين استحققت في يده ولم يبيعها لمشتري ثان . فلو أن البائع باع العين للمشتري الأول بأثني ، وباعها المشتري الأول للمشتري الثاني بأثني ومائتين ، ثم استحققت العين في يد المشتري الثاني فرجع حل المشتري الأول بأثني وخمسة مائة للمبيع والتمويضات الأخرى ، فإن المشتري الأول يرجع حل البائع ، لا بالأثني التي دفعها له ثانياً ، ولا بالأثني والمائتين وهو الثمن الذي تقاضاه من المشتري الثاني ، بل يرجع بأثني وخمسة مائة وهو المبلغ الذي أداه المشتري الثاني نتيجة لضمان الاستحقاق ( بلانويك وديبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٠ ص ١٣٠ ) .

(٢) استئناف مخطوط ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤ .

(٣) ويطلب بما يستحقه المشتري الأول في ذمة البائع ، لا بما يستحقه هو في ذمة المشتري الأول ، لأنه يستعمل دعوى المشتري الأول لادعواؤه . وتتبادل الدعويان في أحد العناصر الرئيسية ، فكل منهما يكون الرجوع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق مع تعويضات أخرى سيأتي بيانها ، وقبة المبيع وقت الاستحقاق واحدة في كل من الدعويين .

(٤) استئناف وطني ٥ مارس سنة ١٩١٨ الشرائع ٥ رقم ٧٧ ص ٢٥٧ - استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الجمعية الرسمية ٢٩ رقم ١/٥١ ص ١١١ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٨٧ ص ١٤٦ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ الجمعية الرسمية ٣٣ رقم ١١٤ ص ٢١٨ - استئناف مخطوط ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٣٤ - ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ - ٩ مارس ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٦ .

وفي القانون الفرنسي يرجع المشتري على البائع في ضمان الاستحقاق بالثمن الذي دفعه ، لا بقيمة المبيع وقت الاستحقاق كما هو الأمر في القانون المصري . فإذا فرضنا ، في القانون الفرنسي ، أن الثمن الذي دفعه المشتري الثاني ١٠٠٠ والثمن الذي دفعه المشتري الأول ١٢٠٠ ، واستحققت العين في يد المشتري الثاني ، فإن المشتري الثاني كان يرجع على المشتري الأول بمبلغ ١٠٠٠ =

يكون المشتري الأول قد اشترط عدم الضمان (١) ، فلا يستطيع المشتري الثاني في هذه الحالة أن يرجع بدعوى ضمان على المشتري الأول بسبب شرط عدم الضمان ، بل هو لا يستطيع أن يرجع بالدعوى غير المباشرة على البائع باعتباره دائماً للمشتري الأول يستعمل دعوى مدية لأنه غير دائن بالضمان للمشتري الأول كما قدمنا ، فلا يبقى أمامه إلا الدعوى المباشرة يرفعها على البائع (٢) ، وهي نفس دعوى الضمان التي للمشتري الأول على البائع انتقلت من المشتري الأول إلى المشتري الثاني بالرغم من أن المشتري الأول قد اشترط على المشتري الثاني عدم الضمان في عقد البيع الذي تم بينهما .

ويستفيد دائن المشتري من ضمان البائع لتعرض الصادر من الغير على الوجه الآتي : إذا باع شخص عيناً غير مملوكة له ، ثم استحقت العين في يد المشتري ، فإن دائن المشتري يستطيع أن يرفع باسم المشتري دعوى هذا الأخير على البائع بالضمان ، ويستوفى حقه من التعويض الذي يلزم به البائع للمشتري ، ولكن يراه في هذه الحالة سائر دائني المشتري وفقاً للقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة .

---

= ومن ثم كان المشتري الأول يرجع على البائع هذه الألف فقط ، فن الدعوى المباشرة إذن يرجع المشتري الثاني على البائع بمبلغ ١٠٠٠ فقط . ولو كان الثمن الذي دفعه المشتري الثاني ١٢٠٠ ، والذين دفعه المشتري الأول ١٠٠٠ ، فإن المشتري الثاني كان يرجع على المشتري الأول بمبلغ ١٢٠٠ ، ويرجع بهذا المبلغ المشتري الأول على البائع على سبيل التعويض ، فيرجع المشتري الثاني مباشرة على البائع بمبلغ ١٢٠٠ . ويخلص من ذلك أن المشتري الثاني يرجع على البائع دائماً بالثمن الذي دفعه هو المشتري الأول ( يودى وسيينا ققرة ٢٧١ ) .

(١) أو يكون هناك واجب بدلا من المشتري الأول ، فيبيع شخص عيناً لآخر وجبها الآخر لثالث . والواجب لا يضمن في الأصل استحقاق العين الموهوبة ، فإذا استحققت العين في يد الموهوب له لم يكن لهذا أن يرجع بضمان الاستحقاق على الواجب ، ولكنه يستطيع أن يرجع بهذا الضمان على البائع الواجب ، وذلك لأن دعوى المشتري بضمان الاستحقاق على البائع تكون قد انتقلت إلى الموهوب له بموجب عقد الحية ( أوبري دور ٥ ققرة ٣٥٥ ص ٧٠ - يودى وسيينا ققرة ٣٥٩ ص ٣٦٤ - بلانويك وريبير وبولانجي ٢ ققرة ٢٥١٢ - جورسان ٢ ققرة ١١٠٧ ) .

(١) استئناف غخلط ٢٦ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧١ - ٩ يونيو سنة ١٩١٣

م ٢٥ ص ٤٢٤ .

( م ١٢ - الوسيط ج ٤ )

## ٤٥١ - (د) البيع الذى ينشئ الضمان - وكل بيع ينشئ ضمان

البائع للتعرض الصادر من الغير ، كما أن كل بيع ينشئ ضمان البائع للتعرض الصادر منه هو فيما قدمناه . ويستوى في ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل (١) ، ويستوى في ذلك أيضاً بيع المساومة وبيع المزاد ولو كان بيعاً قضائياً أو إدارياً . وقد قدمنا بيان ذلك عند الكلام في التعرض الصادر من البائع (٢) ، وما قلناه هناك ينطبق هنا (٣) .

وبين من ذلك أن ضمان البائع لتعرض الغير واجب في بيع المزاد ، ولو كان البيع قضائياً أو إدارياً (٤) ، وذلك بخلاف ضمان العيوب الخفية (م ٤٥٤ مدنى) . فإذا باع الدائنون مال مدينهم في المزاد ، نشأ عن هذا البيع التزام بضمان التعرض الصادر من الغير ، وهذا الالتزام يتعلق بذمة البائع الذى يبيع المال عليه ، لا بذمة الدائنين الذين طلبوا بيع المال (٥) . فلو فرض أن الدائنين باعوا عينا غير مملوكة لمدينهم باعتبار أنها مملوكة له ، ونزع المالك الحقيقى العين من المشتري الذى رما عليه المزاد ، فإن المشتري يرجع بضمان الاستحقاق على المدين لا على الدائنين (٦) . ولكن يفلب أن يكون المدين معسراً في مثل هذه الظروف ، فيستطيع المشتري أن يرجع على الدائنين الذين استوفوا حقوقهم من الثمن الذى دفعه في المزاد في حالتين : (أولاً) إذا أثبت أن الدائنين كانوا

(١) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٢ - الأستاذ محمد حل إمام فقرة ٢٠٢ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٤ .

(٣) ويلزم البائع نحو الشفع بضمان التعرض والاستحقاق كما كان يلزم بذلك نحو المشتري قبل الأخذ بالصفة ، وكذلك يميز أن يرجع بضمان التعرض والاستحقاق مسترد الحصص الثلاثة في متقول إذا باعها أحد الشركاء لأجنبي تطبيقاً لأحكام المادة ٨٣٢ مدنى (أنظر آنفاً فقرة ٢٣٤ في الماشر) .

(٤) أو كان البيع بيع تصفية (licitation) لإنهاء الشيوخ ، فيلزم بضمان التعرض والاستحقاق للمالك في الشيوخ الذين باعوا العين الشائعة في المزاد (بودرى وسينيا فقرة ٣٥٥ مذكورة ثانياً) .

(٥) استئناف ١٦ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ من ٤٣٤ - ١٦ مايو سنة ١٩٢٩

م ٥١ من ٣٢٤ .

(٦) بودرى وسينيا فقرة ٣٥٥ .

يعلمون أن العين التي باعوها في المزاد غير مملوكة لمدينهم (١) أو كان ينبغي أن يعلوا ذلك ، جاز له أن يرجع عليهم بالمسئولية التقصيرية الناشئة عن غشهم أو عن تقصيرهم (٢) . (ثانياً) وإذا لم يستطع المشتري أن يثبت ذلك ، فإنه يستطيع على كل حال أن يعتبر البيع الصادر له في المزاد بيعاً للمالك الغير ، فيطلب إبطاله واسترداد الثمن ، ومن ثم يجوز له الرجوع على الدائنين الذين استفادوا بهذا الثمن في استيفاء حقوقهم بدعوى الإثراء بلا سبب (٣) .

## ٢٥ - ما يترتب على قيام ضمان التعرض الصادر من الغير

### ٣٤٦ - التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض: متى قام ضمان

البائع للتعرض الصادر من الغير بتوافر الشروط التي تقدم ذكرها ، فإن البائع ، وقد تحقق التزامه بضمان التعرض ، يجب عليه أن ينفذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً بأن يجعل الغير الذي تعرض للمشتري مدعيّاً بحق على المبيع يكف عن تعرضه وينزل عن ادعائه بهذا الحق . فإذا عجز عن التنفيذ العيني ، بأن فاز الغير بأثبات ما يدعيه وقضى له بالحق المدعى به ، فقد وجب على البائع أن ينفذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض ، فيعوض المشتري مما أصابه من الضرر باستحقاق

(١) لا سيما إذا كان المدين قد نهبهم إل ذلك .

(٢) أوبري وود ه ققرة ٣٥٥ ص ٦٩ - بودي وسيتيا ققرة ٣٥٦ - بلانيل وريير وهامل ١٠٣ ققرة ١١١ .

(٣) الأستاذ أنور سلطان ققرة ٢٢٣ - ققرة ٢٣٤ - الأستاذ محمد مل إمام ققرة ٢٠٢ - الأستاذ محمد كامل مرعي ققرة ١٦٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ققرة ١٤٣ - الأستاذ جميل الشرقاوي ص ٢٣٩ - ص ٢٤٥ - الأستاذ عبد المنعم البدراوي ققرة ٢٠٦ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٦٣ - الأستاذان أحمد نجيب قهلال وحامد زكي ققرة ٣٦٣ - ٣٦٥ - وقارن بلانيل وريير وهامل ١٠ ققرة ١٠٣ ص ١١١ - وأنظر في جواز الرجوع بدعوى استرداد غير المسحق أوبري وود ه ققرة ٣٥٥ ص ٧٠ - بودي وسيتيا ققرة ٣٥٧ ص ٣٥٩ - ص ٢٦٠ - بلانيل وريير ويولانجه ققرة ٢٥٤١ - جوسران ٢ ققرة ١١١٥ - ديجيل كولان وكايتان ٢ إل جميل الدائنين هم المسؤولون مباشرة من الضمان وإن كان يقرر أن لفته على غير ذلك (كولان وكايتان ٢ ققرة ١٨٩) .

المبيع في يده طبقاً للقواعد التي قررها القانون، وهذا هو ضمان الاستحقاق (١) .  
فتتكمّل إذا في مسألتين : (١) التنفيذ العيني أو ضمان التعرض بطريق  
التدخل . (ب) التنفيذ بطريق التعريض أو ضمان الاستحقاق .

### ١ - التنفيذ العيني

#### ( ضمان التعرض بطريق التدخل )

٣٤٧ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٤٤٠ من التقنين المدني  
على ما يأتي :

« ١ - إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع ،  
كان على البائع ، بحسب الأحوال ووفقاً لقانون المرافعات ، أن يتدخل  
في الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله » .

« ٢ - فإذا تم الإخطار في الوقت الملائم ولم يتدخل البائع في الدعوى ،  
وجب عليه الضمان ، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة  
لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه » .

« ٣ - وإذا لم يحضر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه  
حكم حاز قوة الأمر المقضي ، فقد حقه في الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن  
تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق » .

وتنص المادة ٤٤١ على ما يأتي :

« يثبت حق المشتري في الضمان ولو اعترف وهو حقيق التية للأجنبي بحقه  
أو تصالح معه على هذا الحق ، دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي ،  
مضى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها

---

(١) غلبت البائع ملتزماً بالتزامين ، التزام بضمان التعرض وآخر بضمان الاستحقاق ،  
بل هو التزام واحد وهو ضمان التعرض ، فلما أن ينتقله مبيعاً أو ينتقله بطريق التعريض  
( الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ١٥٨ هامش رقم ١ ) .



فلم يفعل . كل ذلك مالم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه (١) .

ولامقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكنها تطبيق للتواعد العامة ، فكان من الممكن العمل بهذه الأحكام في عهد التقنين المدني السابق دون حاجة إلى نص (٢) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

في التقنين المدني السوري المادتين ٤٠٨ - ٤٠٩ - وفي التقنين المدني الليبي لمادتين ٤٢٨ - ٤٢٩ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٥٠ - ٥٥١ و ٥٥٣ -

#### (١) تاريخ النصوص :

م ٤٤٠ : وردت الفقرتان الأولى والثانية من هذا النص في المادة ٥٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق ما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيها عدا خلافاً لفظية . ووردت الفقرة الثالثة في المادة ٥٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه مماثل أيضاً ، فيها عدا أن المشروع التمهيدى كان يحمل عبء الإثبات في العبارة الأخيرة من النص على المشتري لا على البائع . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة ، وأصبح رقمها ٤٥٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الثالثة ، واستفيض فيها عن عبارة « إلا إذا أثبت البائع ما كان يستطيع دفع الدعوى كان يؤدي إل رفض دعوى الاستحقاق ولو تدخل في هذه الدعوى » عبارة « إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إل رفض دعوى الاستحقاق » . وقد رأت اللجنة أن تنقل عبء الإثبات إلى البائع ، لأنه أصبح ، بعد صدور الحكم ، مدعياً ببراءة ذمته من الالتزام بالفيضان . وأصبح رقم المادة ٤٤٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٤ وص ٨٦ - ص ٨٨ ) .

م ٤٤١ : ورد هذا النص في المادة ٥٨٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآق : « يثبت حق المشتري في الضمان حتى لو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بمقته أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي ، ما دام قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت اللازم ودعاه أن يحمل عمله فيها فلم يفعل . وإذا رجح البائع على الأجنبي ، كان عليه أن يثبت أن هذا الأجنبي لم يكن على حق في دعواه هو دعوى في دعوى الضمان ذاتها ، وضد المشتري البائع بأن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه هو دعوى في دعوى الضمان ذاتها ، وضد المشتري أيضاً لا الأجنبي فحسب . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٤٥٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص . فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤١ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٨ - ص ٩٠ ) .

(٢) الملاحظة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٥ .

وفي تفتين الموجبات والمقود اللبناني المادتين ٤٢٩ و ٤٤١ (١).

وتفرض هذه النصوص . أن الغير قد تعرض للمشتري فعلا ، وكان تعرضه

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٤٠٨ - ٤٠٩ (ملا بقتان لمادتين ٤٤٠ - ٤٤١ من التفتين المدني السوري - أنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٥٥ - فقرة ١٦٢) .  
التفتين المدني الليبي م ٤٢٨ - ٤٢٩ ( ملا بقتان لمادتين ٤٤٠ - ٤٤١ من تفتين المدني المصري ) .

التفتين المدني العراقي م ٥٥٠ : ١ - إذا استحق المبيع للغير وكان الاستحقاق وارداً على ملك البائع ، ضمن البائع ولو لم يشترط الفناء في العقد . ٢ - أما إذا ورد الاستحقاق بأمر حادث في المبيع وهو في ملك المشتري ، كما لو أثبت المستحق أنها ملكه بتاريخ متأخر عن الشراء ، فلا حق للمشتري في الرجوع بالفناء على البائع .

م ٥٥١ : ١ - لا يرجع المشتري بالفناء إذا لم يثبت الاستحقاق إلا بإقراره أو ينكره . ٢ - ومع ذلك يرجع بالفناء حتى لو لم يثبت إلا بإقراره أو ينكره ، إذا كان حسن النية وكان قد أعلن البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم ودعا للدخول معه في الدعوى فلم يفعل . هذا ما لم يثبت البائع أن المستحق لم يكن على حق في دعواه بالاستحقاق .

م ٥٥٣ : إذا استحق المبيع في يد المشتري الأخير وحكم به للمستحق ، كان هذا حكماً على جميع الباعة ، ولكل أن يرجع على بائنه بالفناء لكن لا يرجع قبل أن يرجع المشتري منه . ( وهذا النصوس تأثرت بنصوص التفتين المدني المصري ، ولكنها في مجموعها مأخوذة من الفقه الإسلامي ، أنظر في لقانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٠٠ - فقرة ٢٠٣ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٥٧ - فقرة ٤٥٨ ) .

تفتين الموجبات والمقود اللبناني م ٤٢٩ : إنه وإن لم يشترط وقت البيع شيء مختص بالفناء ، فالبايع ملزم بأن يضمن للمشتري ما يصيبه من استحقاق الغير للمبيع كله أو لضم منه ، ومن الأعباء الملقى بها على المبيع التي يصرح بها البائع عند البيع .

م ٤٤١ : إذا دعي المشتري إلى المحاكمة بناء على طلب شخص ثالث يدعي حقوقاً على المبيع ، وجب عليه أن يدعو بائنه إلى المحاكمة . فإن لم يفعل ، وصدر عليه حكم اكتسب قوة القضية المحكمة ، فقد حقه في الفناء ، إلا إذا أثبت أن البائع وإن تدخل في الدعوى لم يكن في طاقته استصدار حكم بردها .

( ويختلف التفتين اللبناني عن المصري ، في الحالة الواردة في المادة ٤٤١ لبناني ، في أن صبه الإثبات في التفتين اللبناني يقع على المشتري ، ويقع على البائع في التفتين المصري . ولم يتعرض التفتين اللبناني للحالات الأخرى التي عرض لها التفتين المصري ، ولكن الأحكام التي أوردتها التفتين المصري في هذه الحالات الأخرى ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيسكن القول بأنها تسري في لبنان دون حاجة إلى نص ) .

في صورة دعوى استحقاق برئها عليه كما هو الغالب . ودعوى الاستحقاق هذه يجب أن تفهم بمعنى واسع ، فقد تكون دعوى استحقاق يدعى فيها الغير بأنه يملك البيع كله أو بعضه ، وقد تكون دعوى أخرى يدعى فيها الغير حقاً على المبيع كحق رهن أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق إيجار أو غير ذلك من الحقوق التي أشرنا إليها فيما تقدم ، أو ينكر فيها حقاً للمبيع كحق ارتفاق . فعند ذلك يتحقق التزام البائع بضمان تعرض الغير (١) . ويبدأ بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، وذلك بأن يدخل في دعوى الاستحقاق إلى جانب المشتري أو ليحل محله في هذه الدعوى ، ويدفع ادعاء الغير بجميع الوسائل القانونية التي يملكها حتى يستصلح حكماً برفض دعواه ، وعند ذلك يكون قد نفذ التزامه بضمان تعرض الغير تنفيذاً عينياً . فإن لم يتدخل ، أو تدخل ولم ينجح في استصدار حكم برفض الدعوى ، وجب عليه تنفيذ التزامه عن طريق التعويض على وجه معين كما سبق القول . وتميز النصوص السابقة الذكر بين فرضين : فاما أن يتدخل البائع في دعوى الاستحقاق ، وإما ألا يتدخل . فإذا لم يتدخل وجب التمييز أيضاً بين فرضين : فاما أن يكون المشتري قد دعاه للتدخل في الوقت الملائم ، وإما ألا يكون قد فعل . فعندنا إذن ثلاث حالات : (١) حالة تدخل

(١) وقد يتحقق هذا الالتزام دون دعوى ، كما قلنا ، إذا هدّد الغير المشتري برفع الدعوى ورأى هذا أن حق الغير واضح فسلم له به . ويجب قبل التسليم به أن يدعو البائع لمواجهة الغير المتعرض على الوجه الذي سببته فيما بعد . وقد تكون الدعوى مرفوعة من المشتري على الغير إذا كان هذا هو الحائز للمبيع ، فيطالبه المشتري به ، فيرفع الغير للدعوى محتجاً بحق يده على المبيع ، فعند ذلك يخطر المشتري البائع ليتدخل في الدعوى ( بلانيوك وريبر ومامل ١٠٠٥ ) .

أما إذا كان الغير قد رفع دعوى الاستحقاق على البائع وحده دون إدخال المشتري ، وسلّم الحكم لصالحه ، لم يكن هذا الحكم حجة على المشتري ، فليس لهذا كما قلنا أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع . وقد قضت محكمة النقض بأن البائع إذا كانت كل حقوقه في العقار المبيع تنتقل بالمبيع إلى المشتري ، فلا وجه لاعتباره مثلاً للمشتري في أي نزاع مع الغير بشأن العقار المبيع ، ولذلك فإن كل دعوى ترفع بشأن المبيع يجب أن توجه إلى المشتري . وإذا هوجم البائع وحده ، فلا يكون الحكم الصادر عليه حجة على المشتري ولو كان عالمًا بالخصومة ، لأن القانون لا يوجب عليه التدخل فيها ( نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٧ ص ٢٩٤ ) .

البائع في دعوى الاستحقاق . (٢) حالة عدم تدخله في دعوى الاستحقاق مع دعوة المشتري إياه أن يتدخل . (٣) حالة عدم تدخله والمشتري لم يدعه للتدخل.

### ٣٤٨ - تدخل البائع في دعوى الاستحقاق : إذا رفع الغير على

المشتري دعوى استحقاق على النحو الذي أسلفنا بيانه ، وجب على المشتري إخطار البائع في الوقت الملائم ودعوته ليتدخل في الدعوى ، حتى ينفذ التزامه بالضمان تنفيذاً عينياً بأن يجعل الغير يكف عن ادعائه أو بأن يحصل على حكم قضائي برفض دعواه . وليس للإخطار شكل خاص ، فيصح شفويًا ولكن عبء الإثبات يقع على المشتري (١) . والواجب على المشتري هو إخطار البائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة ضده ، وليس يجب عليه إدخاله في الدعوى .

ولكن لا يوجد ما يمنع من أن المشتري يخل البائع ضامناً في الدعوى ولا يكفي بمجرد إخطاره ، بل إن هذا هو الأفضل ، ففيه قصد في الوقت والإجراءات ، وبه يكفي المشتري نفسه مؤونة دفع دعوى الغير وقد لا يعرف عنها شيئاً ، ثم هو يأمن بعد ذلك عاقبة أن يتهمة البائع فيما بعد أنه دلس في الدفاع أو أنه ارتكب خطأ جسيماً فيه . وقد رسم تقنين المرافعات الإجراءات اللازمة لإدخال ضامن في الدعوى ، فنصت المادة ١٤٣ من هذا التقنين على أن « للخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصامه فيها عند رفعها ، ويتبع في اختصام الغير الأوضاع المعتادة في التكليف بالحضور » . ونصت المادة ١٤٦ من نفس التقنين على أنه « يجب على المحكمة في المواد المدنية إجابة الخصم إلى تأجيل الدعوى لإدخال ضامن فيها ، إذا كان الخصم قد كلف ضامنه الحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ رفع الدعوى أو قيام السبب الموجب للضمان ، أو إذا كانت الثمانية الأيام المذكورة لم تنقض قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى . وفيما عدا هذه الحالة يكون التأجيل لإدخال الضامن جوازياً للمحكمة . ويراعى في تقدير الأجل المراعيد اللازمة لتكليف الضامن الحضور وفق الأوضاع العادية » . فإذا كلف

(١) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٤٥ — الأستاذ جميل الشراوى ص ١٤٦ —

الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٦٤ .

المشتري البائع ، في خلال ثمانية أيام من تاريخ رفع الدعوى عليه من الغير ، بالحضور ولم يتمكن أن يحدد له إلا جلسة متأخرة عن الجلسة المحددة لنظر دعوى الاستحقاق المرفوعة من الغير ، أو كان تاريخ الجلسة المحددة لنظر دعوى الاستحقاق سابقاً على انقضاء هذه الثمانية الأيام ، وكانت الدعوى مدنية لأن الدعوى التجارية قد لا تحتل التأخير ، وجب على المحكمة أن تجيب المشتري إلى تأجيل نظر دعوى الاستحقاق إلى الجلسة المحددة لحضور البائع ضامناً . وإذا لم يكن المشتري قد تمكن من تكليف البائع بالحضور لعدم انقضاء الثمانية الأيام قبل تاريخ جلسة دعوى الاستحقاق ، راعت المحكمة في تقدير المدة التي تؤجل فيها دعوى الاستحقاق المواعيد اللازمة لتكليف البائع بالحضور وفق الأوضاع العادية ، وتحسب في ذلك مواعيد المسافة . أما إذا كان المشتري هو الذي رفع الدعوى على الغير يطالبه فيها برد المبيع ، أو رفع الدعوى على جاره يطالبه فيها بتقريبه حتى ارتفاق للعقار المبيع داخلاً في البيع (١) ، فإن ميعاد الثمانية الأيام يسرى من وقت قيام السبب الموجب للضمان ، أى من وقت أن ينكر المدعى عليه دعوى المشتري . وفي غير ذلك من الأحوال يكون التأجيل لإدخال البائع ضامناً في الدعوى جوازيًا للمحكمة . على أنه إذا كان تحقيق دعوى الاستحقاق المرفوعة عن الغير على المشتري ، أو تحقيق دعوى المشتري المرفوعة على الغير ، يستلزم زمناً غير قصير كما هو الغالب ، لم يعد هناك داع يدفع المشتري إلى طلب التأجيل ، وكان له أن يدخل البائع ضامناً في أية جلسة من الجلسات التي تؤجل لها الدعوى الأصلية بتحديد تاريخ هذه الجلسة لحضور البائع (٢) .

فإذا لم يدخل البائع المشتري ضامناً في الدعوى واكتفى باخطاؤه بها في الوقت الملائم ، وجب على البائع أن يتدخل ، ويكون التدخل بصحيفة تعلن الخصوم قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهاً في الجلسة في حضورهم وببنت في محضرها ، ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة (م ١٥٤ مرافعات) .

---

(١) بلاتويل وديبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٥ ص ١١٤ — الأستاذ أحمد أبو الوفا في المرافعات المدنية والتجارية ص ١٧٦ حاشي رقم ١ .  
(٢) الأستاذ عبد المنعم الشرقاوي في المرافعات المدنية والتجارية فقرة ٢٥٩ ص ٢٩٣ .

وحى إذا لم ينظر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم ، وعلم بها البائع من طريق آخر ، فانه يجدر به أن يتدخل في الدعوى من تلقاء نفسه حتى يتولى دفعها ، إذ هو أفقر من المشتري على ذلك . وقد أجاز له تقنين المرافعات سلوك هذا الطريق إذ نصت المادة ١٥٣ من هذا التقنين على أنه « يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضماً لأحد الخصوم . . . » . ويجوز كذلك أن يكون الغير المتعرض للمشتري هو الذي يدخل البائع ضامناً في الدعوى ، ويتبع في ذلك الإجراءات التي سبق ذكرها في إدخال المشتري البائع ضامناً في الدعوى (١) .

وبلاحظ أنه إذا كانت دعوى الاستحقاق الأصلية مرفوعة أمام محكمة ابتدائية ، كانت هذه المحكمة مخنصة بدعوى الضمان مهما كانت قيمتها . أما إذا كانت الدعوى الأصلية مرفوعة أمام محكمة جزئية ، فان هذه المحكمة لا تختص بطلب الضمان إذا كانت قيمته تجاوز نصاب اختصاصها ، فتقتصر على الفصل في الدعوى الأصلية وحدها . ولكن إذا ترتب على ذلك ضرر بسير العدالة ، وجب على المحكمة الجزئية أن تقضى من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى الأصلية وطلب الضمان إلى المحكمة الابتدائية المختصة بطلب الضمان ، وحكم الإحالة يكون غير قابل للاستئناف ( م ٥٠ مرافعات ) (٢) .

---

(١) كذلك أجازت المادة ١٤٤ مرافعات المحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخاله من قد يضار من قيام الدعوى أو من الحكم فيها ، إذا بدت للمحكمة دلائل جديده على التواطؤ أو النش أو التضمير من جانب الخصوم . وتبين المحكمة ميعاداً لحضور من تأمر بإدخاله ، ومن يقوم من الخصوم بإعلانه . ويؤخذ من هذا النص أنه إذا لم يأت للمشتري أو الغير البائع ضامناً في الدعوى ولم يتدخل البائع في الدعوى من تلقاء نفسه ، وبدت للمحكمة دلائل جديده على التواطؤ أو النش أو التضمير من جانب المشتري والغير المتعرض ، جاز لها من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال البائع ضامناً ، وتبين أي الخصمين يقوم بإعلانه . فإذا لم يعلن هذا الخصم البائع في الميعاد الذي حدده له ، قضت عليه المحكمة بالفرامة أو بوقف الدعوى أو باعتبارها كأن لم تكن : م ١٠٩ وم ١١٤ مرافعات ( الأستاذ أحمد أبو الرقا في المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٧٨ ) .

(٢) ونرى من ذلك أن قواعد الاختصاص المخل بالنسبة إلى دعوى الضمان الفرعية غير واجبة المراجعة ، فقد تكون محكمة دعوى الاستحقاق الأصلية التي تنظر دعوى الضمان الفرعية هي غير محكمة البائع ( الأستاذ أحمد أبو الرقا في المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٧١ ص ١٧٥ ) . ومع ذلك يجوز البائع أن يتسكك بعدم اختصاص هذه المحكمة إذا أثبت أن الدعوى الأصلية لم تقم إلا بقصد =

فاذا تدخل البائع ضامناً في دعوى الاستحقاق أو أدخل فيها من جهة المشتري أو الغير المتعرض على النحو الذي بسطناه ، جاز للمشتري أن يوق في الدعوى فينضم إليه البائع ، كما يجوز له أن يخرج منها فيحل البائع محله فيه ( م ٤٤٠ مدني وم ١٤٨ مرافعات ) . وفي الحالتين يتولى البائع دفع ادعاء المتعرض ، حتى يحمله على الكف عن تعرضه والزلزل عن ادعائه ، أو يحصل على حكم قضائي برفض هذا الادعاء (١) . وبذلك يكون قد نفذ التزام بضمان المتعرض الصادر من الغير تنفيذاً عينياً ، كما سبق القول .

أما إذا فشل البائع في ذلك ، فإن التزامه بضمان تعرض الغير يتحول إلى تعويض إذ يصبح ضامناً لاستحقاق المبيع ، وتنقضي المحكمة باستحقاق الغير للمبيع وتقضي في الوقت ذاته بتعويض على البائع للمشتري بقدر وفقاً للقواعد التي سيأتي ذكرها في ضمان الاستحقاق . ويقضي في طلب الضمان والدعوى الأصلية بحكم واحد كلما أمكن ذلك ، وإلا فصلت المحكمة في طلب الضمان بعد الحكم في الدعوى الأصلية ( م ١٤٧ مرافعات ) . وإذا أمرت المحكمة بضم طلب الضمان إلى الدعوى الأصلية ، كان الحكم الصادر على البائع حجة للغير المتعرض ولو لم يكن هذا قد وجه طلبات إلى البائع ( م ١٤٨ مرافعات ) . وإذا خرج المشتري من الدعوى على النحو الذي أسلفناه ، وحكم لمصلحة الغير المتعرض ، لم يتحمل المشتري مصروفات الدعوى ويتحملها البائع وحده .

---

== جليه أمام محكمة غير مختصة ( م ٦٧ مرافعات ) ، كما إذا تعدد الغير المتعرض أن يرفع دعواه على المشتري في محكمة حتى يجلب البائع إلى هذه المحكمة وكان الأيسر له أن يرفع الدعوى مباشرة على البائع في محكمته مع إدخال المشتري خصماً في الدعوى .

(٢) وحتى نفذ التزامه على هذا النحو ، فإنه لا يكون مسئولاً نحو المشتري عن مصروفات دعوى الضمان التي ردها هذا عليه بإدخاله في الدعوى ، وتعتبر هذه المصروفات قد تسببت عن تعرض مادي من قبل الغير ، ما لم يكن هناك سبب جنسي لتنفي رفع دعوى الاستحقاق على المشتري ، كأن كان البائع مهتماً بهذه الدعوى قبل البيع لوجود نزاع جنسي في المبيع ، فيرجع المشتري على البائع في هذه الحالة بمصروفات دعوى الضمان ( بلاتيرك وريبير ومامل ١٠ فقرة ١٠٨ ص ١١٨ - بلاتيرك وريبير وديولانجيه ٢ فقرة ٢٥٢٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٤٧ - الأستاذ عبد النعم الجيدراوى فقرة ٣٠٨ - الأستاذان أحمد نجيب الملل وحامد زك ص ٣٤٩ هامش ١ ) أما مصروفات دعوى الاستحقاق ، فيحكم بها على ملحق الاستحقاق بعد أن خسر دعواه .

ولكن خروج المشتري من الدعوى الأصلية لا يمنع من أن يكون الحكم الصادر فيها لمصلحة الغير المتعرض حجة عليه ، كما أنه يظل خصماً في دعوى الضمان فيقضى له بالتعرض على البائع (١) .

### ٩٤٣- عزم تدخل البائع في دعوى الاستحقاق بالرغم من انطوائه

**المشتري يباه :** وقد فرضنا فيما قدمناه أن البائع قد تدخل أو أدخل خصماً في دعوى الاستحقاق الأصلية . ولكنه قد لا يتدخل ، ولا يدخله أحد الخصوم ولا تدخله المحكمة ، فيبقى خارجاً عن الخصومة في دعوى الاستحقاق الأصلية ، ويكون المشتري قد أخطره في الوقت الملائم ودعاه إلى التدخل فلم يفعل . فهنا لا تخالو الحال من أمور ثلاثة : (١) إما أن يتولى المشتري وحده دفع دعوى المتعرض ، فينجح في دفعها ويقضى برفض طلبات المتعرض . (٢) وإما أن يقر المشتري للمتعرض بالحق الذي يدعيه أو يتصالح معه على هذا الحق . (٣) وإما ألا يقر ولا يتصالح ، ولكنه يفشل في دفع دعوى المتعرض ، فيقضى للمتعرض بطلانه ويستحق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً .

فاذا نجح المشتري وحده في دفع دعوى المتعرض وحصل على حكم نهائي برفض طلباته ، فقد انتهى التعرض ، وانتهى معه التزام البائع بضمانه . ولا يبقى إلا أن يرجع المشتري على البائع بما عسى أن يكون قد نجش من نفقات وأضرار في دفع دعوى المتعرض ولم يحكم له بها على المتعرض نفسه .

وإذا أقر المشتري للمتعرض بما يدعيه أو تصالح معه عليه ، فأدى له مالا ليكتف عن تعرضه ، فسرى أنه يجوز البائع ، بأدى ذي بدء ، أن يتخلص من التزامه بالضمان بأن يرد للمشتري المبلغ أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات (م ٤٤٢ مدني) . فاذا لم يختار البائع هذا الطريق ، وأصر على أن المتعرض لم يكن على حق فيما ادعاه ، وجب اقتراض أن المشتري قد أقر بحسن نية للمتعرض بحقه أو تصالح معه وهو حسن النية ، فانه قد دعا البائع إلى التدخل

---

(١) الأستاذ أحمد أبو الوفا في المرافعات المدنية والتجارية فترة ١٧٤ ص ١٧٧ .



في دعوى الاستحقاق في الوقت الملائم فلم يفعل (١) ، فأنخذ من هذا الامتناع قرينة على أن المتعرض يحق في تعرضه . وفي هذه الحالة يرجع المشتري على البائع بالتعويضات الواجبة له بموجب ضمان الاستحقاق على النحو الذي سنبيته ، ولكن البائع يستطيع أن يدفع رجوع المشتري عليه بهذه التعويضات بأن يثبت بأدلة حاسمة (٢) أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه وأن المشتري قد تسرع في الإقرار أو المصالحة (م ٤٤١ ملق) . ويستطيع البائع أيضاً أن يثبت أن المشتري لم يكن حسن النية في إقراره أو مصالحته ، وعند ذلك لا يقتصر على دفع رجوعه عليه بالتعويضات ، بل يرجع هو عليه بالتعويض إذا كان هناك مقتضى (٣) .

وإذا لم يقر المشتري للمتعرض بما يدعيه ولم يتصالح معه ، ولكنه فشل في دفع دعواه وقضى للمتعرض بما ادعاه بموجب حكم نهائي ، فقد يبلل المشتري

---

(١) والنص صريح في هذه الحالة الخاصة إذ أضيفت عبارة : ودعا أن يحل محله فيها ، ، فالمشتري إذا رأى وجوب الإقرار ، لا يصح أن يكتفى بمجرد إخطار البائع بدعوى الاستحقاق ، بل يجب دعوته إلى التدخل فيها ( الأستاذ منصور مصطنق من ١٦٧ ماضي ١ - قارن الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٢٠٩ ص ٤٧٠ ) .

(٢) فلا يمكن أن يثبت أن المشتري لم يحسن الدفاع ، أو أنه أهمل الدفع ببطلان صحيفة الدعوى ، أو أنه لم يظهر المبيع من الرهن ( أنسيلويدي دالوز ه لفظ *vente* فقرة ١٣١٥ و فقرة ١٣١٧ ) . وليس المقصود من إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه أن يثبت أنه كانت هناك دفع لم يقدمها المشتري وكانت تكفى لرفض دعوى الاستحقاق ( أنسيلويدي دالوز ه لفظ *vente* فقرة ١٣١٨ ) ، حتى لو كانت هذه الدفع خاصة بالمشتري كاستكمال مدة التقادم ( أنسيلويدي دالوز ه لفظ *vente* فقرة ١٤٢٥ ) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا ملك المشتري المبيع بالتقادم ، لم يعد هناك محل للرجوع على البائع بضمان الاستحقاق ( استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٠ - ٢٧ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٩٠ - ٤ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٣٣ ) ، وقضت أيضاً بالآجل لضمان إذا نصر المشتري في التمسك بملك المبيع بالتقادم القصير ( استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٣٢ ) ، أنظر ما يلى فقرة ٢٩٧ في الماشر . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم آخر بأنه لا يجوز للبائع أن ينسب على المشتري أنه لم يعمل بملك المبيع بالتقادم ( ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢١ ) . فقد تأييد إنه المشتري أن يمسك بالتقادم قدمه عامه .

(٣) قارن الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٣١٠ ص ٤٧٤ - الأستاذ منصور مصطنق

كل ما في وسعه : أخطر البائع بدعوى الاستحقاق ، ولم يسلم بحق المتعرض . بل دفع دعواه بما يملك من وسائل . فيكون من حقه بعد كل ذلك ، وقد استحق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً بحكم نهائي ، أن يرجع على البائع بالتعويضات بموجب ضمان الاستحقاق . ولا يكتفى في دفع رجوع المشتري على البائع بهذه التعويضات أن يثبت البائع أن المتعرض لم يكن على حق فيما ادعاه ، كما كان ذلك يكتفى في حالة إقرار المشتري بحق المتعرض أو تصالحه معه . فقد أمكن في هذه الحالة الأخيرة أن ينسب إلى المشتري تقصير هو تسرع في الإقرار أو التصالح ولو كان ذلك بحسن نية ، أما هنا فالمشتري لم يرتكب حتى هذا التقصير اليسير ، بل ظل إلى النهاية يدفع دعوى المتعرض ، فإذا كان لم ينتج غلب من الممكن أن ينسب إليه أى تقصير في ذلك . ولا يستطيع البائع أن يدفع رجوع المشتري عليه بالتعويضات إلا إذا أثبت أن الحكم النهائي الصادر في دعوى الاستحقاق كان نتيجة لتدليس من المشتري أو الخطأ جسيم منه (١) ، فلا يكتفى إذن بإثبات خطأ غير جسيم في جانب المشتري (م ٤٤٠ / مدني) (٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا المعنى : « والفرق بين الماترين ظاهر ، ففي حالة ما إذا صدر الحكم دون إقرار أو صلح ، يصبح من المطلق ألا يؤخذ على المشتري إلا التدليس أو الخطأ الجسيم ، لأنه يكون قد قام بواجبه فأعطى البائع في المهاد الملائم ، ويكون غير مسئول عن صدور الحكم بالاستحقاق فهو لم يقر بحق الأجنبي ولم يمسد إلى الصلح معه . أما في الحالة الأخرى فإن المشتري قد تحمل مسؤولية الإقرار أو الصلح ، فلو ظهر أنه لم يكن على حق فيما فعل ، بأن أثبت البائع أن الأجنبي ليس على حق في دعواه ، كان طبيعياً أن يفقد حقه في الضمان » ( مجموعة الأعمال للتفسيرية ٤ ص ٨٩ — ص ٩٠ )

(٢) وإذا لم يتدخل البائع في الدعوى بالرغم من إخطاره ، ولم يدخله أحد من المحصر ، كان الحكم باستحقاق المبيع حجة عليه بالنسبة إلى المشتري ، فيرجع هذا عليه بالنسبة إلى إذا أثبت البائع تدليس المشتري أو خطأ الجسيم . ولكن الحكم باستحقاق المبيع لا يكون حجة على البائع بالنسبة إلى المشتق ، فإن هذا لم يدخل البائع في الدعوى ليمسد الحكم في مواجهته . ومن ثم إذا عجز البائع عن إثبات تدليس المشتري أو خطأ الجسيم ففقد له التعويضات التي يقررها القانون . جاز البائع أن يرجع على المشتق لثبوت أنه غير على حق في دعواه باستحقاق المبيع ، فيسترد منه ، ولا يجوز للمشتق أن يحتج بالحكم الصادر لمصلحته ضد المشتري . وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا المعنى : « وإذا أغل البائع بالتزامه ولم يتدخل في الدعوى ، فليستى أن يدخله فيها ، ولكنه ليس في حاجة إلى ذلك اكتفاء بالإخطار الذي سبقت الإشارة إليه . وإذا هو لم يرتكب تدليساً أو خطأ جسيماً =

### ٣٥٠ - هدم منزل البائع في دعوى الاستحقاق من غير خطأ

**المُتْرَى اباه :** بقيت الحالة الأخيرة ، وهي ألا يتدخل البائع في دعوى الاستحقاق دون أن يكون المشتري قد أخطره في الوقت الملائم (١) . ففي هذه الحالة إذا نجح المشتري في رد دعوى المتعرض ، انتهى التعرض وانتهى معه التزام البائع بضمانه كما في الحالة السابقة (٢) . أما إذا أقر المشتري بحق المتعرض أو تصالح معه أو قضى للمتعرض بطلباته بموجب حكم نهائي ، وأراد المشتري الرجوع على البائع بالتعويضات بموجب ضمان الاستحقاق وجبت مراعاة أن المشتري قد قصر في عدم إخطار البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم ، ولو فعل فقد يجوز أن يكون البائع قادراً على التدخل وعلى رفع دعوى المتعرض . من أجل ذلك لا يطلب من البائع لدفع رجوع المشتري عليه بالتعويضات ، أن يثبت تدليس المشتري أو خطأه الجسيم كما في الحالة السابقة ، بل يكفي أن يثبت أن تدخله في الدعوى ، لو مكنته المشتري من ذلك في الوقت الملائم ، كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق ( م ٣/٤٤٠ مدني (٢) ) .

== في الدعوى المرفوعة عليه من الأجنبي ، وثبت استحقاق هذا ، فإن الحكم الذي يصدر بالاستحقاق يكون حجة على البائع لمصلحة المشتري في دعوى ضمان الاستحقاق . - البائع هو الذي يتكلف بإثبات أن الحكم بالاستحقاق كان نتيجة لتدليس من المشتري أو خطأ جسيم منه . وغنى عن البيان أن الحكم بالاستحقاق لا يكون حجة على البائع المستحق ، ما دام هذا لم يدخل البائع في دعوى الاستحقاق ، مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٨٥ - ٨٦ ) .

(١) ولا يرى أنه يكفي في هذه الحالة أن يثبت المشتري أن البائع يعلم فلا بالتعرض ، ما دام لم يتم هو بإخطاره به في الوقت الملائم ، فقد يثنى البائع أن المشتري ملحق إلى مركزه ولا يحتاج إلى تدخل البائع وذلك لم يخطره ( قارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي بقرة ١٥١ - الأستاذ جميل الشرفاوي ص ٢٤٧ ) .

(١) وقد لا ينتج في دفع التعرض وبمحكم باستحقاق البيع ، ومع ذلك يستخلص من وقائع الدعوى أن المشتري أراد بدم إخطاره البائع بتعرض المستحق أن ينزل عن حقه في الرجوع بال ضمان . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نفت المحكمة في حكمها دعوى تقياً تاماً موضوعياً مفيداً أن المشتري تنازلوا فعلا عن دعوى الضمان قبل البائع لم ، فذلك تقدير موضوعي في شأن من الشؤون التي تملكها محكمة الموضوع بلا رقابة من محكمة النقض ما دام هذا التقدير متراعاً من وقائع ثابتة والمثل يقلبه ( نقض مدني ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٩ ص ٨٨١ ) .

(٢) مصر استثنائي ١٤ مايو سنة ١٨٩٥ للقضاء ٢ ص ٣١٦ - استئناف وطني ٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ الحقوق ٤٢ ص ١٣٢ - وكان المشروع التمهيدى يحمل عبء الإثبات على المشتري ==

## (ب) التنفيذ بطريق التعويض

### ضمان الاستحقاق

#### ٣١٥ - متى يرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق : يختص

بما قدمناه أن المشتري يرجع على البائع بضمان الاستحقاق في إحدى الأحوال الآتية : (١) إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، فتدخل البائع في الدعوى ولم يفلح في دفع دعوى المتعرض . (٢) إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل البائع في الدعوى ، وحكم للمتعرض ، ولم يستطيع البائع إثبات تدليس المشتري أو خطأه الجسيم . (٣) إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل البائع في الدعوى : وأقر المشتري بحق المتعرض أو تصالح معه ، ولم يستطع البائع إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه . (٤) إذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، وحكم للمتعرض ، ولم يثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفضها . (٥) إذا سلم المشتري للمتعرض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض ، ولم يثبت البائع أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه .

فاذا وجب للمشتري على البائع ضمان الاستحقاق في حالة من الأحوال المتقدمة الذكر ، لم تخل الحال من أحد فروض ثلاثة : (١) فاما أن يكون الاستحقاق استحقاقاً كلياً ، فيجب على البائع أن يدفع للمشتري تعويضاً كاملاً طبقاً للقواعد التي سنبينها . (ب) وإما أن يكون الاستحقاق استحقاقاً جزئياً ، فيجب على البائع أن يدفع للمشتري تعويضاً بقدرة الضرر الذي أصابه على الوجه

---

= لا مل البائع ، فثبت المشتري أن البائع ما كان يستطيع دفع دعوى الاستحقاق حتى لو تدخل في هذه الدعوى ( ٥٨٦ م مشروع تمهيدى ) . فمثل النص في لجنة مجلس الشيوخ ، ونقل عنه الإثبات إلى البائع لأنه أصبح بعد صدور الحكم معنياً ببرائة ذاته من الالتزام بالضمان . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٤ وص ٨٨ - وانظر آتياً فقرة ٣٤٧ في الماش - وانظر عكس ذلك وأن القواعد العامة كانت تقضى بحمل عبء الإثبات على المشتري ) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٢٢ هامش ١ .

الذى سنذكره . ( ج ) وإما أن يكون المشتري قد دفع للمتعرض شيئاً في مقابل حقه صلحاً أو إقراراً بهذا الحق ، فيجب على البائع ، إذا أراد أن يتخلص من ضمان الاستحقاق ، أن يرد للمشتري ما أداه للمتعرض .  
ونستعرض كلاماً من هذه القروض الثلاثة .

### ٣٥٢ - الاستحقاق الكلي - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٤٣

من التفتين المنق على ما يأتي :

- ١ - إذا استحق كل المبيع ، كان للمشتري أن يطلب من البائع .
- ٢ - قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع القوائد القانونية من ذلك الوقت .
- ٣ - قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع .
- ٤ - المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكسالية إذا كان البائع سيء النية .
- ٥ - جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة ٤٤٠ .
- ٥ - وبوجه عام تمويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .
- كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله (١) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التفتين المنق الجديد فيما عدا أمرين : (١) في المشروع التمهيدى كان البند ٢ يذكر المصروفات الضرورية إلى جانب المصروفات النافعة . (٢) لم يشتمل المشروع التمهيدى على العبارة الأخيرة من النص وهي : « كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله » . وفي لجنة المراجعة حذفت كلمة « الضرورية » لأنه لا يتصور أن المشتري لا يستطيع أن يلزم بها المستحق ، وأضيفت العبارة الأخيرة التي سبق ذكرها حتى يبين أن النص مقصور على تطبيق قواعد التنفيذ بطريق التمويض ولا يشمل هذا بحق المشتري في التسخ أو الإبطال . وأصبح النص رقم ٤٥٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، = ( م ٤٣ - الوسيط ج ١ )

## والمفروض في النص المتقدم أن المبيع استحق استحقاقاً كلياً ، أى أن المبيع

= مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٣ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٤ - ص ٩٥ و ص ٩٧ - ٩٨ ) .

ويقابل هذا النص في التفتين للمدنى السابق النصوص الآتية :

م ٣٧٨/٣٠٤ : إذا كان الفدان واجباً ، وزعت الملكية من المشتري ، فعل البائع ود الثمن مع التضمينات .

م ٣٧٩/٣٠٥ : التضمينات المذكورة عبارة عن رسوم للمقد وما يتجه من المصاريف وما صرف المشتري على المبيع والرسوم المنصرفة منه في دعوى الاستحقاق ودعوى الفدان وجميع المسامرات الخاضعة له والأرباح المقبولة قانوناً التي حرم منها بسبب نزاع الملكية .

م ٣٨٠/٣٠٦ : إذا زعت ملكية المبيع من المشتري ، وجب رد الثمن إليه بتمامه ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع بأى سبب كان .

م ٣٨١/٣٠٧ : أما إذا زادت بعد البيع قيمة المبيع عن ثمنه ، فتحسب تلك الزيادة من ضمن التضمينات .

م ٣٨٢/٣٠٨ : المصاريف الواجب على البائع دفعها في حالة عدم ملزومية مدعى الاستحقاق بها هي المصاريف المترتبة عليها فائدة للبيع .

م ٣٩٢/٣٠٩ : يلزم البائع المدلى بدفع كامل المصاريف ولو كانت منصرفه من المشتري في تزيين المبيع وزخرفته .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروح التمهيدى فيما يتعلق بنصوص التفتين السابق :

« يخلط التفتين الحال ( السابق ) كما يخلط كثير من التفتينيات الأجنبية ، في هذه المسألة بين الآثار التي تترتب على فسخ البيع وتلك التي تترتب على التنفيذ بطريق التوفيق ، من ذلك أن المادتين ٣٧٨/٣٠٤ و ٣٨٠/٣٠٦ من التفتين الحال ( السابق ) ترتبان أثر الفسخ ، ولكن المادتين ٣٧٩/٣٠٥ و ٣٨١/٣٠٧ ترتبان أثر التنفيذ ، وكان الأول عدم الخلط بين هذه الآثار وتلك على أن يختار المشتري نفسه الطريق الأصح » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٧ ) .

وهذا ما فعله التفتين المدنى الجديد ، فقد ميز بين ضمان الاستحقاق ودعوى الفسخ ودعوى الإبطال ، واختص ضمان الاستحقاق بقواعد خاصة به لتقدير التوفيق المستحق . والبررة في تطبيق نصوص التفتين الجديد بتاريخ الواقعة التي اعتبرت تعرضاً للمشتري ، فمن هذا التاريخ ينشأ الالتزام بضمان الاستحقاق ، فإن كان هذا التاريخ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مرت نصوص التفتين السابق ، وإلا فإن نصوص التفتين الجديد هي التي تسمى .

ويقابل النص في التفتينيات المدنية العربية الأخرى : التفتين المسدق السورى المادة ٤١١ ( وهي مطابقة المادة ٣٤٤ مصرى - وانظر في القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٦٥ - فقرة ١٦٨ ) .

التفتين المدنى اليسى المادة ٤٣٢ ( وهي مطابقة المادة ٤٤٣ مصرى ) .

التفتين المدنى العراقى م ٥٥٤ - : إذا استحق المبيع على المشتري وكان البائع لا يعلم =

كان مملوكاً لغیر البائع فانزعه المالك الحقيقي من يد المشتري ، ويرجع المشتري  
لأن على البائع بضمان الاستحقاق . وظاهر أن المشتري يملك - غير دعوى  
ضمان الاستحقاق - دعوين أخريين ، هما دعوى الإبطال باعتبار أن البيع  
صادر من غير مالك فهو بيع ملك الغير ، ودعوى الفسخ على أساس أن المشتري

== وقت البيع باستحقاق المبيع ، فللمشتري استرداد الثمن بتمامه نقصت قيمة المبيع أو زادت . وله  
أن يترد أيضاً قيمة الثمن التي ألزم بردها للمستحق والمصرفات النافعة التي صرفها وجميع  
مصرفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، هذا ما كان يطالب المشتري أن يتفيه منها لو أخطأ  
البائع بالدعوى ٢ - أما إذا كان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع ، فللمشتري أن يترد  
فوق ذلك ما زادت به قيمة المبيع عن الثمن والمصرفات الكالية التي أنفقها على المبيع ، وأن يطلب  
تعويضاً عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

( وظاهر أن التفتين البرائي يخلط بين دعوى الفسخ وضمان الاستحقاق ، ثم هو يميز بين  
البائع حسن النية والبائع سيئ النية للذي يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فيجعل التعويض  
على الثاني أوسع مدى منه على الأول . والتفتين المصري يميز تمييزاً واضحاً بين دعوى الفسخ  
وضمان الاستحقاق ، ولا يفرق للتمييز بين حسن نية البائع وسوء نيته إلا فيما يتعلق  
بالمصرفات الكالية - أنظر في القانون المدني البرائي الأستاذ حسن الأفندي فقرة ٢٠٦ -  
فقرة ٢٠٩ وفقرة ٢٢٦ - فقرة ٢٤٠ - والأستاذ حسن الصراف فقرة ٤٦٣ ) .

تتبن الموجبات والمقود البيناني م ٤٣٣ : إذا كان الدعوى بالضمان على وجه مجرد أو  
لم يشترط شيء يختص بالضمان ، فالمشتري الذي تزعم منه المبيع كله يحكم الاستحقاق بحق له أن  
يطالب البائع : أولاً - برد الثمن . ثانياً - بقيمة الثمن إذا أجبر المشتري على ردّها إلى المالك  
المستحق . ثالثاً - بالمصاريف التي صرفها المشتري في دعوى الضمان وبمصاريف المدعي الأصل .  
رابعاً - ببطل العطل والضرر مع النظر بيمين الاعتبار إلى قيمة تحمين الملك عند الانتضاء وبمصاريف  
العقد ورسومه القانونية - على أنه لا يحق للمشتري أن يطالبه ببطل العطل والضرر إذا كان عالماً  
وقت البيع بخطل الاستحقاق .

م ٤٣٤ : إذا وجد المبيع وقت الاستحقاق مصاباً بنقص في قيمته أو بسبب كبير لإهلاك  
ارتكبه المشتري أو لحادث نشأ عن قوة القاهرة ، فالبائع يبقى ملزماً برد الثمن . أما إذا كان  
المشتري قد جنى نفماً من التعيب للذي أحدثه في المبيع ، فالبائع أن يحسم من الثمن مبلغاً يعادل  
قيمة ذلك النفع .

م ٤٣٥ : على البائع أن يرد بنفسه إلى المشتري أو بحمل المستحق على أن يرد إليه جميع  
نفقات الترميم والتحصينات المكلفة التي أسندتها للمشتري في المبيع .

م ٤٣٦ : يجب على بائع ملك الغير إذا كان سيئ النية أن يدفع إلى المشتري جميع ما صرفه  
على المبيع الكاليات والمستحقات .

( وظاهر أن التفتين البيناني ، على غرار التفتين الفرنسي ، لا يميز تمييزاً واضحاً بين ضمان  
الاستحقاق من جهة ودعوى الفسخ ودعوى الإبطال من جهة أخرى ) .

يجب البيع ثم يطلب فسخه لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية . وهاتان الدعويان - الإبطال والفسخ - لا شأن لهما هنا ، فالأولى قد تقدم ذكرها ، في بيع ملك الغير ، والأخرى هي دعوى الفسخ المقررة في العقود الملزمة للجانبين . وقد أشارت العبارة الأخيرة من النص المتقدم إشارة صريحة إلى هذا المعنى إذ تقول : « كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله » .

والذي يمتثلنا هنا هو التعويض الواجب في دعوى ضمان الاستحقاق . وقد وضع فيه التقنين المدني قواعد خاصة به جعلته يتميز عن التعويض في كل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وظاهر أن هناك فرقاً فنياً واضحاً بين دعوى ضمان الاستحقاق من جهة ودعوى الإبطال ودعوى الفسخ من جهة أخرى ، هو الذي انبنى عليه هذا التمييز . فكل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ تفترض أن عقد البيع قد زال ، إما بالإبطال أو بالفسخ ، وأن التعويض الذي يعطيه البائع للمشتري ليس مبنياً على العقد بعد أن زال . أما دعوى ضمان الاستحقاق فتفترض أن عقد البيع باق لم يزل ، إذ التعويض فيها سببه هو عقد البيع ذاته ، وليس التعويض في ضمان الاستحقاق إلا تنفيذاً بطريق التعويض لعقد البيع بعد أن تعذر تنفيذه تنفيذاً عينياً ، وهذا قاطع في أن عقد البيع باق لم يزل مادام التعويض ليس إلا تنفيذاً له . ومن ثم كان التعويض في ضمان الاستحقاق مقدراً على أساس تعويض المشتري عن فقدته للمبيع فأخذ قيمته وقت الاستحقاق ، لا على أساس زواله البيع فيسترد المشتري الثمن (١) .

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع لتهذيب في هذا الصدد : « أثر المشروع في بيان ما يترتب على ضمان الاستحقاق أن يلتزم الحل الذي تليه القواعد العامة . فبما أن الاستحقاق التزام في ذمة البائع قد نشأ من عقد البيع ، وإذا طالب المشتري به قامت مطالبته على أساس هذا العقد . ومعنى ذلك أن ضمان الاستحقاق بمناء البائع لا يتصور قيامه إلا من قيام عقد البيع ، والمشتري في رجوعه بالبائع على البائع إنما يطلب منه تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع . ولما كان المبيع قد استحق واستعماله بذلك التنفيذ عينى للالتزام فلم يبق أمام المشتري »



ويعدد النص المتقدم الذكر عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق الكلي ،  
على أساس تعويض المشتري عن فقد المبيع . وحتى تمثل هذه العناصر تنظراً  
واقعياً ، نفرض أن المبيع دار عندما تسلمها المشتري أجرى فيها ترميمات ضرورية ،  
ثم أقام طبقة جديدة فوق طبقات الدار وأنشأ مصعداً ، ودهن حيطان الدار  
لنزح رقتها ، وقبض ريع الدار من وقت أن تسلمها . وبعد ذلك رفع شخص  
على المشتري دعوى استحقاق ، فأدخل المشتري البائع ضامناً في الدعوى ،  
وحكم باستحقاق الدار وتعويض المشتري على البائع . فهذا التعويض الذي  
يأخذه المشتري من البائع بسبب ضمان الاستحقاق يتكون من عنصرين جوهرين  
هما قيمة المبيع والتعويضات الأخرى ، ولكن المشرع فصل هذه التعويضات ،  
فصار التعويض عن ضمان الاستحقاق يتكون من العناصر الآتية :

أولاً - قيمة المبيع والفوائد القانونية : فيدفع البائع للمشتري قيمة الدار  
في الوقت الذي رفعت فيه دعوى الاستحقاق ، لأن الحكم بالاستحقاق يستند  
إلى يوم رفع الدعوى (١) . ويلاحظ في تقدير قيمة الدار ألا يدخل في هذه القيمة  
المصروفات الضرورية والنافعة والكمالية - أي الترميمات والطبقة الجديدة  
والمصعد والدهان - فهذه لما حساب آخر سيأتي بعد . وإنما يدفع البائع للمشتري  
قيمة الدار وقت الاستحقاق بدلا من رد الثمن ، لأن المشتري يطلب بالتعويض  
على أساس المسؤولية العقدية لا على أساس فسخ العقد أو إبطاله كما سبق القول ،  
فالبائع إذن باق وهو مصدر التعويض (٢) . ولا تأثير لمقدار الثمن على قيمة المبيع

---

== إلا أن يطالب بتنفيذ الالتزام عن طريق التعويض . والتعويض في هذه الحالة هو ما ذكرته  
المادة ٥٨٩ من الشروع ، وهي تقتصر على تطبيق القواعد العامة في تقدير مدى التعويض .  
( مجموع الأعمال التحضيرية ؛ ص ٩٥ - وأنظر أيضاً ص ٩٧ ) .

(١) يودى وسينيا فقرة ٣٧٨ مكررة - وإذا كان المبيع حق انتفاع في دار ، ودت  
قيمة حق الانتفاع وقت رفع دعوى الاستحقاق ، وهذه القيمة قد نقصت بدفعة من القيمة وقت  
المبيع (قارب يودى وسينيا فقرة ٣٧٤ مكررة) . وقد ترتفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق  
عما كانت عليه وقت البيع ارتفاعاً باعظاً يرجع إلى ظروف غير متوقعة ، كفتح شارع أو استحداث  
تجهيزات في المواصلات وغير ذلك ، فهما كان مقدار الارتفاع يرجع به المشتري على البائع لأنه  
قد خسر فعلاً المبيع باستحقاق (قارب يودى وسينيا فقرة ٣٧٨) .

(٢) أما إذا كان يطالب على أساس فسخ العقد أو إبطاله ، فانه يسترد الثمن لا قيمة المبيع  
وقت الاستحقاق ، إذ يزوال العقد يصبح الثمن غير مستحق ، فيسترد المشتري بدعوى استرداد

وقت الاستحقاق ، فلو أن المشتري دفع ثمناً للدار ألفاً وكانت قيمتها وقت الاستحقاق تقل عن الألف أو تزيد ، فإن الذي يأخذه المشتري من البائع هو قيمة الدار وقت الاستحقاق قلت عن الثمن أو زادت (١) . وبأخذ المشتري قيمة

== غير المستحق . وقد خلط التتبعين المدفوع المراق ( م ٥٥٤ ) وتبعين الموجبات والمقود البتاني ( م ٤٣٣ ) بين ضمان الاستحقاق ودعوى النسخ أو دعوى الإبطال ، فأرجبها على البائع في ضمان الاستحقاق ودعوى الثمن . وهذا ما فعله أيضاً التتبعين المدفوع الفرنسي ( ١٦٣٠ م و ١٦٣١ م ) .

وفيه أنه مادام المشتري في القانون المصري يسترد قيمة المبيع وقت الاستحقاق لا الثمن ، فإنه لا يسترد مصروفات البيع فهذه ملحقة بالثمن وفيه والثن مما تقابلها قيمة المبيع ( تارن الأستاذ أنور سلطان فترة ٢٥٤ - الأستاذ محمد علي إمام فترة ٢١٢ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فترة ٢٤٧ - الأستاذ جميل الشرفاوي ص ٢٥٧ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فترة ٣٢٥ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٥ - ص ١٧٦ ) . وفي عهد التتبعين المدفوع السابق ، حيث كان المشتري يسترد الثمن ، كان يسترد أيضاً مصروفات البيع ( استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٤٥ ) . وفي فرنسا وألمان : رأى يذهب إلى أن المشتري لا يسترد مصروفات البيع إلا إذا كان حسن النية ، وهذا معناه أن مصروفات البيع تدخل ضمن التوضيحات فلا تلحق بالثمن ( أوبري ورو ٥ فترة ٣٥٥ هاش رقم ٣١ ثالثاً - بلانيرول وريبير وهامل ١٠ فترة ١١٥ - بلانيرول وريبير وبولانجي ٢ فترة ٢٥٥١ ) . ورأى يذهب إلى أن المشتري يسترد المصروفات ولو كان سيئ النية ، وهذا معناه أنها تلحق بالثمن ولذلك يسترد المشتري سيئ النية إذ هو يسترد الثمن وملحقاته دون أن يأخذ تعويضاً ( بودوي وسينيا فترة ٣٧ ص ٥٦٩ - بيدان ١١ فترة ٢١٥ ) .

ويترتب على أن المشتري في القانون المصري يسترد قيمة المبيع لا الثمن أنه لو كان الثمن إيراداً مرتبطاً بمدى الحياة ، فإن المشتري يبقى ملزماً بدفع الإيراد البائع بعد أن يسترد منه قيمة المبيع ، ولا يكون للبائع حق امتياز على قيمة المبيع لأن حلول هذه القيمة محل المبيع لحلولها فعلياً لم يرد فيه نص . أما في القانون الفرنسي ، حيث يسترد المشتري الثمن لا قيمة المبيع ، فإنه يسترد ما قدمه من أقساط الإيراد ، فينتظم الإيراد ( أوبري ورو ٥ فترة ٣٥٥ هاش ٢٨ مكرر ثالثاً - بلانيرول وريبير وهامل ١٠ فترة ١١٢ ص ١٢١ ) .

(١) وقيمة المبيع وقت الاستحقاق قد تهبط عن قيمته وقت البيع إما بفعل المشتري ويكون ذلك عادة باستهلاك المبيع أو هدم جزء منه ، وإما بانخفاض سعر المبيع في السوق . وكذلك قد ترتد بفعل المشتري أو بارتفاع سعر المبيع في السوق أو بأعمال عامة كفتح شارع أو تحصين طرق المواصلات ( الأستاذ أنور سلطان فترة ٢٥٠ ) .

ولاحظ أنه إذا نقصت قيمة المبيع وقت الاستحقاق عن الثمن ، جاز للمشتري ، بدلاً من الرجوع بضمين الاستحقاق ، أن يطلب نسخ البيع أو إبطاله فيسترد الثمن ( الأستاذ محمد علي إمام فترة ٢٠٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فترة ١٥٦ ص ٢٤٢ - الأستاذ جميل الشرفاوي ص ٢٥٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٣ ) .

المبيع وقت الاستحقاق دون تمييز بين ما إذا كان حسن النية أو سيئ النية أي بين ما إذا كان لا يعلم وقت البيع الاستحقاق أو يعلم ، ودون تمييز بين ما إذا كان البائع نفسه حسن النية أو سيئ النية ف سواء كان يعلم سبب الاستحقاق وقت البيع أو لا يعلم ذلك فهو ملزم بدفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق للمشتري (١) . ولما كان المشتري ملزماً ، كما نرى ، برد ريع الدار للمستحق من يوم رفع دعوى الاستحقاق على الأقل ، فإنه يأخذ من البائع تعويضاً عن هذا الريع الفوائد بالسعر القانوني ( ٤ / في المسائل المدنية و ٥ / في المسائل التجارية ) لقيمة الدار وقت الاستحقاق ، فهذه الفوائد بالنسبة إلى هذه القيمة تقابل الريع بالنسبة إلى الدار (٢) . ويأخذ المشتري الفوائد القانونية المتقدمة الذكر ، ولو كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق ، أو كان البائع وقت البيع لا يعلم بهذا السبب .

ثانياً - الثمار : وإذا فرض أن المشتري كان يعلم بسبب الاستحقاق قبل رفع دعوى الاستحقاق ، فإنه يكون ملزماً برد الريع الذي قبضه مع الدار من اليوم الذي علم فيه بسبب الاستحقاق ( م ٢/١٨٥ مدني ) . وعند ذلك يرجع على البائع بما رده للمستحق من ريع الدار إلى يوم رفع دعوى الاستحقاق ، ويقول البند الثاني من المادة ٤٤٣ مدني إن المشتري يطلب من البائع « قيمة الثمار التي ألزم للمشتري بردها لمن استحق المبيع » . ونقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والمفروض في ذلك أن المشتري قد علم بحق الغير قبل رفع دعوى الاستحقاق ، فوجب أن يرد ثمار المستحقة من وقت علمه بذلك ، ويرجع بها على البائع استيفاء لحقه في التعويض . أما ثمار المبيع من وقت رفع

(١) استئناف مخطط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٢٢٧ .

(٢) ويستحق المشتري الفوائد القانونية حتى لو كان المبيع ثماراً ، كما لو كان أرضاً فضاء مغطاة لبناء ، وتكون في هذه الحالة على سبيل استكمال التعويض فقد كان المشتري يستطيع أن يستغل قيمة المبيع لو أغلته من البائع فوراً بمجرد الاستحقاق ( أنظر عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥٦ ص ٢٤٣ ) . ويستحق المشتري الفوائد القانونية دون حاجة للطالبة للقضائية بها ، ويمكن في سرياتها رفع دعوى ضمان الاستحقاق الأصلية أو إدخال البائع في دعوى الاستحقاق بصفة فرعية ( الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٥٤ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣١٦ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٣ ) .

الدعوى ، فهذه قد استعاض عنها بالفوائد القانونية لقيمة المبيع كما سبق بيانه  
لها تقدم (١) .

ثالثاً - المصروفات : أما المصروفات التي أنفقها المشتري على الترميمات  
الضرورية التي أجراها في الدار ، فهذه يأخذها من المستحق ، سواء كان  
المشتري لا يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق أو كان يعلم أى سواء كان حسن  
النية أو سيئها ، وهذا تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ٩٨٠ مدنى إذ تقول :  
« على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الخائر جميع ما أنفق من المصروفات  
الضرورية » . ومن ثم لا يرجع المشتري على البائع بشيء من هذه المصروفات  
الضرورية ، فقد استردها كلها من المستحق (٢) . وأما المصروفات التي أنفقها  
في إقامة الطبقة الجديدة فوق طبقات الدار الأصلية ، فهذه مصروفات ناعمة  
أوردت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٠ مدنى والمادتان ٩٧٤ و ٩٧٥ مدنى حكمها .  
فاذا كان المشتري يعلم وقت أن أقام الطبقة الجديدة بسبب الاستحقاق ، كان  
للمستحق أن يطلب منه إزالة هذه الطبقة مع التعويض إن كان له وجه ،  
أو يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى مازاد  
في قيمة الدار بسبب هذه الطبقة الجديدة ( م ٩٧٤ مدنى ) . وإذا كان المشتري  
لا يعلم وقت أن أقام الطبقة الجديدة بسبب الاستحقاق ، غير المستحق بين دفع  
نفقات البناء أو دفع مازاد في قيمة الدار ( م ٩٧٥ مدنى ) . وفي الحالتين يتحمل  
المشتري ، بعد أن يسترد من المستحق المبلغ الذى يسمح به القانون على النحو

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٦ - استئناف مخطط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م  
ص ٢٤٥ - وإذا كان سبب الاستحقاق رهناً ونزع الدائن المرتهن ملكية المبيع ، فان النار  
تلقى بالتقار من وقت تسجيل التنبيه ( م ١٠٣٧ مدنى ) فيحرم منها المشتري ، ويرجع بها  
على البائع ( بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٦ ) .

(٢) وقد كان المشروع التهديد يذكر استرداد المشتري من البائع المصروفات الضرورية التي  
لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق ، فصيح هذا الخطأ في لجنة المراجعة بحذف هذا الحكم ،  
لأن المصروفات الضرورية لا يتصور أن المشتري لا يستطيع أن يلزم بها المستحق ( مجموعة  
الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٤ و ص ٩٧ ) - هذا والمشتري حق امتياز على المبيع يكفل له  
رجوعه بالمصروفات الضرورية على المستحق ( م ١١٤٠ و ١١٤٨ مدنى - الأستاذ محمد على  
أمام فقرة ٢١٥ ) .

المقدم الذكر ، خسارة هي الفرق بين قيمة الطبقة الجديدة وقت الاستحقاق والمبلغ الذى استرده من المستحق ويكون عادة أقل من قيمة الطبقة الجديدة .  
فهذه الخسارة يرجع بها المشتري على البائع كعنصر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق ، ويستوى في هذا الرجوع أن يكون المشتري غير عالم بسبب الاستحقاق وقت البيع أو حالما بذلك (١) . وأما المصعد الذى أنشأه المشتري في الدار ، فيجب أن تكون المصروفات التى أنفقت فيه مصروفات نافعة ، ويكون حكمها هو الحكم الذى قدمناه في المصروفات التى أنفقت على إقامة الطبقة الجديدة . وقد تكون مصروفات المصعد مصروفات كمالية ، فيما إذا كان المألوف في مثل الدار المبيعة حتى بعد بناء الطبقة الجديدة ألا يكون فيها مصعد وليست الدار في أية حاجة إليه ، وسرى حلالا حكم المصروفات الكمالية .  
وأما المصروفات التى أنفقها المشتري على دهان حيطان الدار وزخرفتها ، فالغالب أن تكون مصروفات كمالية (٢) ، وحكمها وارد في الفقرة الثالثة من المادة ٩٨٠ مدنى ونقضى بأنه : إذا كانت المصروفات كمالية فليس لها أثر أن يطالب بشيء منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة . وظاهر أن دهان الحيطان لا يتصور فيه أن يطلب المشتري إزالته ، فهو سيتركه للمستحق دون أن يأخذ منه أى تعويض ، فهل يرجع بهذه المصروفات الكمالية على البائع كعنصر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق ؟ يجيب البند ٣ من المادة ٤٤٣ مدنى ، كما رأينا ، بأن المشتري يسترد من البائع هذه المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية ، أى إذا كان البائع وقت البيع يعلم بسبب الاستحقاق . وتتلل المذكرة الإيضاحية

(١) وقد كان القضاء المصرى في عهد الفتنة الذى ساهل يقضى بذلك (استئناف مخطوط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٩ م ٨ ص ٢٤٥ - ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢) .  
أما لا يسترد المشتري من البائع هذا الفرق إلا إذا كان قد أنفق المصروفات قبل وضع دعوى الاستحقاق ، إما إذا أنفقها بعد وضع هذه الدعوى فليس له أن يرجع بفرق على البائع (استئناف مخطوط ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٠ - ٩ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤٢٧) .  
(٢) وقد تكون في أحوال نادرة مصروفات نافعة ، وقد علمنا حكم هذه المصروفات .

للمشروع التمهيدى هذا الحكم بما يأتى : « أما المصروفات الكمالية فلا يرجع بها المشتري على المستحق ، وكذلك لا يرجع بها على البائع إذا كان حسن النية ، لأن المدين فى المسئولية التعاقدية لا يسأل عن الضرر غير متوقع الحصول ، ويمكن اعتبار المصروفات الكمالية أمراً غير متوقع . فإذا كان البائع سيئ النية ، أى كان يعلم بحق الأجنبي ، فيسأل فى هذه الحالة عن الضرر ولو كان غير متوقع ، وبحق إذن للمشتري أن يرجع بالمصروفات الكمالية » (١) .

رابعاً - مصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان : يضاف إلى عناصر التعويض الذى يرجع به المشتري على البائع فى ضمان الاستحقاق ما عسى أن يكون قد ألزم به من مصروفات دعوى الاستحقاق التى رفعها المستحق عليه ، فقد يكون المشتري قاً بقى خصماً فى هذه الدعوى ولما حكم للمستحق بالاستحقاق ألزم هو بمصروفات الدعوى نحو المستحق . فيرجع بما ألزم به من هذه المصروفات على البائع كعنصر من عناصر التعويض . ثم إن المشتري قد أدخل البائع ضماناً فى الدعوى ، أو لعله رفع عليه دعوى ضمان أصلية بعد الحكم بالاستحقاق ، فى الحالتين يكون قد تكبد مصروفات هى مصروفات إدخال البائع ضماناً أو مصروفات دعوى الضمان الأصلية . فهذه المصروفات أيضاً يلزم بها البائع نحو المشتري ، ويستثنى من ذلك المصروفات التى كان المشتري يستطيع أن يتقيا لو أنه أخطر البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم (٢) ، فقد يعطى المشتري فى إخطار البائع بدعوى الاستحقاق ، وقد لا يخطره أصلاً ، ويتسبب عن ذلك أن تطول الإجراءات فى غير مقتض فتزيد المصروفات . فإزاد منها على هذا النحو لا يرجع المشتري به على البائع لأنه هو الذى تسبب فيه بخطأ (٣) . وعلى البائع يقع عبء إثبات أن المشتري كان يستطيع اتقاء المصروفات على النحو المتقدم (٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٦ .

(٢) كما لو تكلفت مصروفات الحصول على صورة مستند كان موجوداً عند البائع وكان يستطيع أخذه منه لو أخطره ( الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ١٧٥ ) .

(٣) أنظر البند ٤ من المادة ٤٤٣ مدنى . وأنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ٤ ص ٩٦ .

(٤) بيان ١١ فقرة ٢١٤ .

خامساً - - المالحق المشتري من الخسارة وما فاته من الكسب : ويذكر البند الخامس من المادة ٤٤٣ مدني ، كما رأينا ، أن البائع يلتزم « بوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقال المبيع » . وتقول المذكرة الإيضاحية أن « ليس في ذلك إلا تذكير بالقواعد العامة » (١) . فالقواعد العامة تقضي بأن التعويض في المسؤولية التعاقدية يشمل كل مالحق الدائن من خسارة متوقعة أو فاته من كسب متوقع . وقد يكون هذا وتلك عنصرين جديدين في التعويض فوق العناصر التي قدمناها . مثل ذلك ، فيما لحق المشتري من خسارة ، أن يكون وقت أن اشترى الدار قد اضطرب لمعايبتها فانقل إليها من بعيد رفقة البائع وتجشم في ذلك مصروفات السفر ، فهذه خسارة تحمها المشتري فيرجع بها على البائع كعنصر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق (٢) . ومثل ذلك ، فبإفادات المشتري من كسب ، أن يكون الثمن الذي اشترى به المشتري الدار قد أعدده لاستغلاله في ناحية تدبر عليه ربحاً معيناً ثم تحول عن هذه الناحية إلى شراء الدار والبائع يعلم ذلك . فاستحقاق الدار قد فوت على المشتري هذا الربح المعين الذي كان يجنيه لو أنه استغل ثمن الدار في الناحية التي فكر فيها من قبل ، فيرجع على البائع بهذا الربح كعنصر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق (٣) .

هذه هي العناصر المختلفة في التعويض المستحق بسبب ضمان الاستحقاق ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٧ .

(٢) بلانويل وروبير وعامل ١٠ فقرة ١١٤ وص ١٢٠ هامش ٣ .

(٣) وفي عهد التفتين المدني السابق ، حيث كان البائع يرد الثمن للمشتري ، كان يجوز لقاضي أن يحبس ، كل سبيل التعويض عما لحق المشتري من خسارة وما فاته من كسب ، فوائد على الثمن يسر معين يدفعها البائع عند رد الثمن ، وليس من الضروري أن يكون هذا السعر هو السعر القانوني . وقد قضت محكمة التفتين بأن لقاضي الموضوع - عندما يجب على البائع رد الثمن مع التضمينات بسبب استحقال المبيع - أن يقدر هذه التضمينات بمبلغ معين يلزم به البائع علاوة على الثمن ، أو أن يحبس عليه الثمن بالقوائد التي يعرض بها على المشتري ما عسره وما حرم منه من الأرباح المقبولة قانوناً بسبب نزاع الملكية . وليس على القاضي إذا أجرى القوائد التعويضية على المشتري أن يتبع أحكام فوائد التأثير المشار إليها في المادة ١٢٤ مدني ( السابق ) ( نفس مدني ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٤ ص ١٤٤ ) .

وقد ذكرها القانون بالنص عنصراً عنصراً، فأبرز بذلك دعوى ضمان الاستحقاق معقوماتها الذاتية، وفارق بينها وبين دعوى الفسخ ودعوى الإبطال كما سبق القول. وأهم فرق في التعويض المستحق بموجب ضمان الاستحقاق وبين التعويض المستحق بدعوى الإبطال أو دعوى الفسخ يظهر عندما يكون المشتري عالماً بسبب الاستحقاق وقت البيع. ففي دعوى ضمان الاستحقاق لا يؤثر هذا العلم في مقدار التعويض (١)، أما في دعوى الإبطال أو دعوى الفسخ فالمشتري يكون سبباً للثبوت، وقد علمنا في بيع ملك الغير أن المشتري إذا كان سبباً للثبوت فليس له أن يطالب البائع بتعويض (م ٤٦٨ مدني) ومن ثم لا يستطيع المشتري أن يرجع على البائع بغير الثمن الذي دفعه ولا يسترد العناصر الأخرى من عناصر التعويض التي سبق ذكرها في ضمان الاستحقاق. وهذا وحده كاف في جعل دعوى ضمان الاستحقاق بارزة إلى جانب دعوى الفسخ ودعوى الإبطال، وجعل المشتري يؤثر عادة أن يلجأ إلى هذه الدعوى دون الدعوى الأخرى.

(١) وافقه في مصر منقسم في هذه المسألة، فالقائلون باشتراط حسن نية المشتري حتى يكون له الحق في التعويضات الأخرى يقيسون دعوى ضمان الاستحقاق على دعوى إبطال بيع ملك الغير (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٥٥ - الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ٣١٥). والقائلون بأن للمشتري الحق في التعويضات الأخرى ولو كان سبباً للثبوت يستندون إلى أن النصوص ميزت تمييزاً واضحاً بين دعوى إبطال بيع ملك الغير ودعوى ضمان الاستحقاق فلا يجوز الخلط بينهما وقياس هذه على تلك، وإلا أن القواعد العامة في التنفيذ بطريق التعويض، وهي القواعد التي تنطبق على دعوى ضمان الاستحقاق، لا تستبعد التعويض عن الضرر إلا إذا كان الدائن هو الذي تسبب في إحداث الضرر، ولا يجوز التمسك إلا في حالة ما إذا أمكن تفسير علم المشتري بسبب الاستحقاق اتفاقاً ضمنياً على عدم الضمان فيجب منه تدقيقه ودقيقه المبيع دون التعويضات الأخرى، الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٠٧ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٧ - ص ١٧٩ - الأستاذ اسماعيل خانم ص ١٢٥ - ص ١٢٦ - وقارب الأستاذ جيل الشرفاوي ص ٢٥٩). أما سوء نية البائع فلا يؤثر إلا في الضرر غير المتوقع كالمسروقات الكالية، فيعوض عنه البائع سبباً للثبوت دون البائع حسن النية، وفي غير هذه الحالة تستحق كل التعويضات حتى لو كان البائع حسن النية وكان المشتري سبباً للثبوت.

وكان القضاء في عهد التقنين المدني السابق، حيث كان ضمان الاستحقاق يخلط ببيع ملك الغير، يشترط حسن نية المشتري حتى يستحق التعويضات الأخرى (نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥٤ - ٢٨١ - استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ١/٢٥٥ - ١٦-٥١٨ - ١٦ فبراير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٧٠ =



### ٣٥٣ - المستحق الميزنى - النص من الفانونية - نص المادة ٤٤٤

من التقنين المدنى على ما يأتى :

١٥ - إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مقلداً بتكليف وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبيّنة في المادة السابقة ، على أن يرد له المبيع وما أُلاده منه .

٢٥ - فإذا اختار المشتري استيفاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقت لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق (١) .

---

= استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٦ ص ٤٨ - ١١ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤١ - ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٢٣ - أول يوليو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٦٤ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٠ ) .

وفي القانون الفرنسى ، حيث تحتفظ دعوى بيان الاستحقاق بدعوى إبطال بيع ملك الغير ، يشترط لرفع الدعوى الفرنسى حسن نية المشتري حتى يستحق التعويضات الأخرى تلياً حل القواعد المقررة في بيع ملك الغير حيث لا يستحق المشتري تعويضاً إلا إذا كان حسن النية ( أوبرى دورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٧٦ - بوردو وسينيا فقرة ٣٧٥ - بلايول وروبير وهامل ١٠ فقرة ١١٣ ص ١٢٣ - بلايول وروبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٥٢ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩١١ وقرة ٩١٩ ) . ولكن محكمة النقض الفرنسية ( نقض فرنسى ٩ مارس سنة ١٩٣٧ دالروز الأسبوعى ١٩٣٧ - ٢٥٣ ) عدلت الأخيرة من قضائنا السابق وذهبت إلى أن المشتري يستحق التعويضات الأخرى ولو كان من النية ( السيكلوبيدى دالروز ٥ لفظ *venta* فقرة ١٢٢٠ ) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٤٥٧ من المشروع النهائي . وأدخل عليه مجلس النواب تعديلاً لم يأخذ به مجلس الشيوخ ، وأبقى النص على حاله تحت رقم ٤٤٤ ( مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ١٠٠ - ص ١٠٢ ) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدنى السابق المواد الآتية :

م ٣٨٤/٣١٠ : نزع ملكية جزء معين من المبيع أوقائع فيه يعتبر قانوناً كنز ملكيته كله ، وكذلك تبوت حق ارتفاق موجود على المبيع قبل التقيد ولم يحصل الإعلام به أو لم يكن ظاهراً وقت البيع يعتبر كنز ملكية بتمامها . هذا إذا كان الجزء المنتزعة ملكيته أرسق الارتفاق بماله لوطعها المشتري لامتنع من الشراء .

م ٣٨٥/٣١١ : ومع ذلك المشتري في هذه الحالة إبقاء البيع أو فسخه ، ولكن ليس له أن يسلط إضراراً بحقوق الدائنين برهن .

ويعرض النص للحالة التي لا يكون فيها استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً .

م ٣٨٦/٣١٢ : إذا أبق المشتري المبيع ، أو كان الجزء المشتري ملكيته منه أو حق الارتفاق على المبيع ليس بحالة تجوز فسخ العقد ، جاز للمشتري أن يطلب من البائع قيمة ذلك الجزء ، الذي انتزعت ملكيته منه بالنسبة لقيمة الحقيقية للمبيع في وقت النزاع أو تقييمات تقدرها المحكمة في حالة ثبوت حق الارتفاق .

( وتختلف أحكام التفتين السابق عن أحكام التفتين الجديد في أنها هنا أيضاً - كما في الاستحقاق الكلي - تخلط ما بين الفسخ وضمان الاستحقاق . ثم إنها في حالة استبقاء المشتري للمبيع عند الاستحقاق الجزئي تجعل التصويف مقدراً على وجه خاص هو جزء من الثمن بمقابل قيمة الجزء المستحق بالنسبة إلى القيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق ، فإذا كان المستحق حق ارتفاق لغير التصويف طبقاً للقواعد العامة . والبدرة في تطبيق نصوص التفتين الجديد - كما قدمنا في الاستحقاق الكلي - بتاريخ الواقعة التي اعتبرت ترفاً للمشتري ، فإن كان هذا التاريخ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت نصوص التفتين السابق ، وإلا فإن نصوص التفتين الجديد هي التي تسمى .

ويقابل النص في التفتينات المدفوعة الحرية الأخرى :

التفتين المدني السوري م ٤١٢ ( مطابقة لقاعدة ٤٤٤ مصرية - وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطنع الزرقا فقرة ١٦٩ ) .

التفتين المدني الليبي م ٤٣٣ ( مطابقة لقاعدة ٤٤٤ مصرية ) .

التفتين المدني العراقي م ٥٥٥ : ١ - إذا استحق بعض المبيع أو كان مثقلاً بتكليف لاعم للمشتري به وقت العقد ، كان له أن يفسخ العقد .

٢ - وإذا انتار المشتري الباقي من المبيع ، فله أن يطلب بالتصويف عما أساءه من ضرر بسبب الاستحقاق .

( وحكم التفتين العراقي يخالف حكم التفتين المصري في أمرين : (١) لا يميز التفتين العراقي في الاستحقاق الجزئي بين استحقاق جسيم لو علم به المشتري لما أتم العقد واستحقاق غير جسيم كإكمال التفتين المصري ، فالاستحقاق الجزئي في التفتين العراقي حكم واحد في جميع حالاته . (٢) وهذا الحكم هو اختيار بين الفسخ مع رد المبيع أو استبقاء المبيع مع التصويف من الضرر بسبب الاستحقاق الجزئي . والتفتين المصري لا يفسخ البيع حتى يرد المبيع ، بل يبق البيع قائماً ويكون سبباً في الصريشات الكاملة المقررة في الاستحقاق الكلي - أنظر في القانون المدني العراقي حسن الدين فقرة ٢١٠ - فقرة ٢١٤ وفترة ٢٤١ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤١٤ ) .

تفتين المرجبات والشهود البتاني م ٤٣٧ : إذا لم ينزع من المشتري إلا جزء من المبيع ، وكان هذا الجزء بالنسبة إلى المبيع كبير الشأن إلى حد أن للمشتري لولا وجوده لامتنع من الشراء ، حق له أن يفسخ العقد .

م ٤٣٨ : إذا لم يفسخ البيع في حالة استحقاق جزء من المبيع ، يرد إلى المشتري قيمة الجزء المستحق بالنسبة إلى مجموع الثمن ، مع بدل السطل والضرر عند الاحتشاء .

والاستحقاق الجزئى يتحقق بطرق مختلفة ، فقد يستحق جزء من المبيع شائع أو مفرز ، وقد يتبين أن المبيع مرهون أو مثقل بحق اختصاص أو حق امتياز (١) ، أو أن حق ارتفاق للمبيع ليس موجوداً ، ففى هذا كله يمكن القول بأنه استحق بعض المبيع . وقد يكون المبيع مثقلاً بتكليف ، كحق ارتفاق عليه ليس ظاهراً ولم يكن البائع عنه للمشتري أو حق انتفاع أو حق حكر . ففى جميع الأحوال التى يستحق فيها بعض المبيع أو يكون مثقلاً بتكليف ، يكون هنا استحقاق جزئى للمبيع .

ويميز النص فى الاستحقاق الجزئى بين فرضين : (١) إذا كانت خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئى قد بلغت من الجسامة قدرأ لو علمه وقت البيع لما أتمه ، كما لو اشترى أرضاً لإقامة مصنع أو مدرسة أو مستشفى فاستحق جزء منها فصار الباقى غير كاف للوفاء بالفرض المطلوب (٢) . وليس من الضرورى فى هذا الفرض أن يكون المشتري غير عالم وقت البيع بالاستحقاق الجزئى ، فقد يكون عالماً به ولكنه يعتقد أن البائع سيدركه عنه ، كما إذا كان المبيع مرهوناً فى دين وأكد له البائع أنه سيقوم بوفاء هذا الدين ويشطب الرهن (٣) . (٢) إذا لم تبلغ خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئى هذا

== م ٢٣٩ : إذا كان على المبيع حقوق مبنية غير ظاهرة لم يصرح بها ، وكانت كبيرة الشأن إلى حد يمكن منه التقدير أن المشتري لو علم بها لما اشترى ، حق له أن يفسخ العقد إذا لم يفضل الاكتفاء بأخذ الموضع .

( ) ويختلف التقنين البنائى فى أن الخيار للمشتري فى ضمان الاستحقاق الجزئى بين نسخ البيع أو استرداد قيمة الجزء المستحق بالنسبة إلى مجموع الثمن مع التعويضات الأخرى إن كان لها مقتضى ، أما فى التقنين المصرى فالخيار بين رد المبيع وأخذ التعويضات المقررة فى الاستحقاق الكلى دون نسخ البيع وبين استبقاء المبيع وأخذ تعويضات تقدر طبقاً للقواعد العامة ) .

(١) أو مثقل بضريبة تحسب ترتبت على أعمال المنافع العامة كان من شأنها زيادة قيمة المبيع أنسيكلويدى دالوز ه لفظ Vento فقرة ١٣٥٢ ) .

(٢) استئناف مغلط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢٤ - أبريل سنة ١٩١٣

م ٢٥ ص ٢٢٨ - ٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٧ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢١ .

(٣) فإذا لم يتم البائع بوفاء الدين ، وترتب على ذلك أن نزع الدائن المرتهن ملكية جزء من المبيع فى مقابل الدين ، وجب فى هذه الحالة أن نتبين هل لو علم المشتري بأن هذا الجزء من المبيع ستزعم ملكيته أكان يقدم على الشراء بالرغم من ذلك ؟ فإن كان لا يقدم على الشراء ، كنا فى نطاق الفرض الأول .

### القول من الجسامة المبين في القرض الأول (١) .

فإذا كانت خسارة المشتري جسيمة بالقدر الذي يسطناه في القرض الأول ، كان المشتري غيراً بين رد ما بقي من المبيع بما أفاده منه إلى البائع ومطالبته بالتعويضات التي يستحقها في حالة الاستحقاق الكلي ، أو استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من الخسارة بسبب الاستحقاق الجزئي . فإذا اختار رد ما بقي من المبيع والمطالبة بالتعويضات المقررة في حالة الاستحقاق الكلي ، فإن ذلك يبدو طبعياً إذ المفروض أن المشتري ما كان ليتم البيع لو عرف الخسارة التي تلحقه بسبب الاستحقاق الجزئي . ولكن حتى في هذا القرض لا يزال ضمان الاستحقاق محفظاً بصفته الخاصة . ذلك أن القواعد العامة كانت تقضى بأن المشتري في هذا القرض كان يطلب فسخ البيع فيرد ما بقي من المبيع ويسترد الثمن مع التعويضات إن كان لها مقتضى . ولكن النص يقضى ببقاء البيع لا يفسخه ، ويقدم التعويضات التي يستحقها المشتري على أساس هذا البيع ، فهو بعد أن رد بقية المبيع بما أفاده منه يعتبر في حكم من استحق منه المبيع استحقاقاً كلياً ، فكان من الطبيعي أن يتقاضى من البائع كل التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلي . ومن ثم يسترد المشتري من البائع قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع القوائد القانونية ، والثمن الذي ردها للمستحق ، والمصروفات النافعة والكاملة على التفصيل الذي أسلفناه ، ومصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان ، وكل ما لحقه من خسارة أو فاته من ربح على الوجه الذي بيناه فيما تقدم . ويبدو أن المشتري إذا كان يرد بقية المبيع وما أفاده منه إلى البائع في هذه الحالة ، فليس يرد ذلك بناء على أن عقد البيع قد فسخ ، فقد قدمنا أن البيع باق وبموجبه استحق المشتري التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلي ، ولكن على أساس أن المشتري لا يستطيع أن يأخذ من البائع هذه

---

(١) فاستحقاق ٢١ قيراطاً في أرض مساحتها ٢٢ فدانا لا يمد استحقاقاً جسيماً ( استئناف مخطط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١٢ ) . وكذلك ظهور حق حكر على الأرض المبيعة ليس من شأنه أن يمنع الشراء ( استئناف مخطط أول مارس سنة ١٩١٧ م ٣٩ ص ١٨١ ) . وكذلك شراء أرض لتقسيمها وبيعها مجزأة . فاستحق جزئياً منها ، إذا لم يفت على المشتري فرضه ( استئناف مخطط أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٧ ) .

التعويضات إلا بعد أن يستنزل منها ما أضافه من المبيع، فوجد المشرع أن الأوفى أن يأخذ المشتري التعويضات ويرد بقية المبيع وما أضافه منه ، فيصل بذلك من طريق سهل إلى نفس النتيجة (١). أما إذا اختار المشتري استبقاء المبيع في يده ، فإنه يرجع على البائع بالتعويض عما أصابه من خسارة وعما فاته من كسب ، بشرط أن يكون ذلك متروفاً لأننا في صدد مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية ، وهذا ما لم يكن الاستحقاق الجزئي قد وقع بفش من البائع أو خطأ جسيم منه فيأخذ المشتري تعويضاً حتى عن الضرر غير المتوقع (٢).

وإذا كانت خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئي ليست جسيمة بالقدر الذي لو علمه لا أتم البيع ، لم يكن أمامه في هذه الحالة إلا أن يرجع على البائع بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب الاستحقاق الجزئي (٣) ، وذلك طبقاً

(١) تارن مع ذلك ما ورد بالمذكرة الإيضاحية في الديارة الآتية : أما إذا كان الاستحقاق غير جسيم ، فليس المشتري أن يطلب الفسخ ، ولا يكون له إلا المطالبة بالتعويض طبقاً لما تقدم ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠١ ) فهذه الديارة تفترض أنه إذا كان الاستحقاق جسيماً ، فالذي يفعله المشتري هو فسخ البيع . ولكن يبدو أن الأفضل من الناحية الفنية عدم القول بفسخ البيع في حالة الاستحقاق الجسيم ، وإلا لم يكن مفهوماً كيف يأخذ المشتري التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلي — وهي تفترض هنا أن البيع باق — مع القول بفسخ البيع ( أنظر الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٣٦٨ — الأستاذ عبد المنعم البدر أوى ص ٤٨٦ — الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨٩ — ١٨٢ ) .

(٢) وقد كان التقنين المدني السابق ( ٣٨٩/٢١٢ ) يقضي ، إذا استبق المشتري المبيع في حالة الاستحقاق الجزئي ، بأن يكون التعويض هو جزء من الثمن يتناسب مع قيمة الجزء من المبيع الذي انتزعت ملكيته منسوبة إلى القيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق ، فإذا كان المستحق حق ارتفاق قدرت التعويضات طبقاً لقواعد العامة . ولم يسار التقنين المدني الجديد التقنين المدني السابق في ذلك ، بل جعل تقدير التعويض طبقاً لقواعد العامة في جميع الأحوال . وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التسهيل في هذا الصدد : « وقد تجنب المشروع أن يجعل التعويض بسبب الاستحقاق الجزئي هو دائماً قيمة الجزء الذي انتزعت ملكيته بالنسبة لقيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق كما فعلت المادة ٣٨٦/٢١٢ من التقنين الحالي ( السابق ) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩١٠ . »

(٣) فإذا كان الاستحقاق الجزئي من شأنه أن يزيد في قيمة الجزء الباقي من المبيع ، كان علماً محل اعتبار في تقدير التعويض من الضرر الذي أصاب المشتري ، فينقص من التعويض بقدر هذه الزيادة . وهذا بخلاف التقنين المدني السابق الذي كان يقضي برد جزء من الثمن يتناسب مع الجزء المستحق ، فلا تكون الزيادة في قيمة الباقي من المبيع محل اعتبار عند تقدير التعويض ( استئناف مخطوط ٣٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٩ ص ٣٨ : زعت ملكية جزء من المبيع لشق شوارع حسنت من الباقي من المبيع ، تقضى برد جزء متناسب من الثمن ، أما التحسين فلم يمنع إلا من إعطاء تعويض آخر إذ لا ضرر يستحق من أجله التعويض ) .

للقواعد العامة على النحو الذي أسلفناه فيما تقدم ، ولا يجوز في هذا القرض للمشتري أن يرد بقية المبيع وما أفاده منه على أن يأخذ التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلي ، فإن هذه الرخصة مقصورة على القرض الأول .

### ٣٥٤ - رد البائع ما أداه المشتري للمعترض - النص في القانون -

تنص المادة ٤٤٢ من القانون المدني على ما يأتي :

« إذا تولى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع التوائد القانونية وجميع المصروفات » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٨٩ من المشروع النهائي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٥٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٢ ( مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٩١ - ص ٩٢ ) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولما كان نصاً يقرر حق استرداد ، فإنه لم يكن من الجائز الأخذ بحكمه في عهد التقنين المدني السابق . ومن ثم لا يجوز العمل بنص التقنين المدني الجديد إلا إذا كان الاتفاق الذي يبرمه المشتري مع المعترض ليحرق استحقاق المبيع - وهو السبب القانوني لاستعمال حق الاسترداد - غير سابق على يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى . التقنين المدني السوري م ١١٠ ( مطابقة لقاعدة ٤٤٢ مصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٧٠ - فقرة ١٧٢ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٣١ ( مطابقة لقاعدة ٤٤٢ مصري ) .

التقنين المدني العراقي م ٥٠٢ : إذا أثبت المستحق الاستحقاق وحكم له ، ثم اتفق مع المشتري على ترك المبيع بموضع ، يعتبر هذا شراء للبائع من المستحق ، والمشتري أن يرجع على بائعه بالضمان . ( وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة المطبقة في القانون المدني المصري ، ولكنه لا يقرر حق الاسترداد كما قرره المادة ٤٤٢ مصري . في القانون العراقي المفروض أن المستحق ثبت حقه في البيع وحكم له به ، ثم اشتراه منه المشتري ، فيرجع المشتري في هذه الحالة على البائع بضمان الاستحقاق كاملاً . أما في القانون المصري المفروض أن المشتري تولى أن يحكم المستحق بحقه بأن أخص له شيئاً مقابل هذا الحق ، فيجوز في هذه الحالة البائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد المشتري ما أداه المستحق . ولا يجوز تطبيق هذا الحكم الأخير في العراق مادام لا يوجد به »

وهذا الفرض الذي يمرض له النص شامل لحالات الاستحقاق الكلي والاستحقاق الجزئي ، ويسر على البائع أمر ضمان الاستحقاق في الحالتين . والمفروض هنا أن المشتري تولى الحكم باستحقاق المبيع استحقاقاً كلياً أو استحقاقاً جزئياً ، وذلك بأن اتفق مع المتعرض على ذلك في مقابل مبلغ من النقود أو في مقابل شيء آخر يؤديه له . فثبت القانون عندئذ للبائع نوعاً من الاسترداد (retrait) يستطيع بموجبه أن يكتسب نفسه نتائج الضمان ومؤونة التعويضات التي بينها في حالات الاستحقاق الكلي والاستحقاق الجزئي ، بأن يرد للمشتري ما أداه للمتعرض مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات ، فينخلص بذلك من ضمان الاستحقاق . وليس للمشتري أن يشكو ، فقد استطاع أن يستقي المبيع سالماً من الاستحقاق في مقابل أداؤه للمتعرض ، فاذا استرد من البائع قيمة هذا المال ، فإنه يكون بذلك قد استبقى المبيع واسترد خسارته ، فلم ينله أى ضرر . وهذا الضرب من الاسترداد نادر ، وليس له نظير في التقنين المدني إلا في حالات ثلاث : الشفعة واسترداد الحصة الشائعة واسترداد الحق المتنازع فيه (١) .

ونرى مما قلناه أنه حتى يكون للبائع حق الاسترداد على النحو الذي أسلفناه يجب أن يتفق المشتري مع المتعرض على تفادي استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً بأن يدفع المشتري للمتعرض مبلغاً من المال في مقابل زول المتعرض عن إدعائه وترك المبيع في يد المشتري سليماً من أى استحقاق . وهذا الاتفاق يقع غالباً عند رفع المتعرض دعوى الاستحقاق على المشتري ، سواء تدخل البائع في الدعوى أو لم يتدخل . وقد يقع دون أن ترفع دعوى الاستحقاق ، بأن يتبين المشتري جدية ادعاء المتعرض فيفتق معه على الوجه المقصود توكفاً

---

= نص هذا المعنى في التقنين العراقي - قارن الأستاذ حسن إبنون فقرة ٢٩٦ والأستاذ عباس حسن المصنفات لفقرة ٤٥٧ ص ١٩٧ هامش (٢) .

تقنين الموجهات والنفوذ البنائي م ٤٤٠ : إذ تنحصر المشتري من الاستحقاق بدفعه مبلغاً من المال ، فللبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بردة ذلك المبلغ إل المشتري مع الفوائد وجميع النفقات

(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصري) .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التهدي في مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٩٢ .

للاستحقاق وتفادياً من دفع دعوى به وما يجر ذلك من إجراءات ومصرفات. والاتفاق الذى يتم بين المشتري والمتعرض يكون فى الغالب صلحاً ، فيتصالحان على أن يعطى المشتري مبلغاً من النقود فى نظير أن ينزل المتعرض عن ادعائه ، وعند ذلك يخلص المبيع للمشتري خالياً من النزاع . ولكن هذا الصلح يعتبر بالنسبة إلى البائع استحقاقاً للمبيع ، فيجب عليه الضمان ، وإن كان يستطيع التخلص منه - أى استرداد ما كان يجب أن يدفعه للمشتري من تعويضات بسبب ضمان الاستحقاق - فى مقابل أن يرد للمشتري المبلغ الذى دفعه المشتري للمتعرض وفوائده القانونية (٤/ فى المسائل المدنية و ٥ / فى المسائل التجارية ) من يوم أن دفع المشتري المبلغ للمتعرض ، وكذلك مصرفات الصلح الذى تم بين المشتري والمتعرض . فيتفادى البائع بذلك أن يدفع للمشتري التعويضات المقررة فى الاستحقاق الكلى أو الاستحقاق الجزئى ، وهذا هو معنى الاسترداد. وغنى عن البيان أن البائع لا يختار استعمال حق الاسترداد إلا إذا وجد أن المبلغ الذى سيرده للمشتري أقل من التعويضات التى كان يدفعها له بسبب ضمان الاستحقاق ، ويفرض أن حق المتعرض لا يستطيع البائع أن يدفعه . فالبايع إذن حر فى أن يستعمل حق الاسترداد وفى ألا يستعمله ، وهو لا يستعمله فى حالتين : (١) إذا كان يستطيع دفع ادعاء المتعرض ، ويعتقد أن المشتري قد تسرع فى الصلح معه ، وقد قلنا أنه فى هذه الحالة لا يكون مسئولاً عن الضمان إذا أثبت أن المتعرض لاحق له فى دعواه . (٢) إذا كانت التعويضات الواجبة عليه بسبب ضمان الاستحقاق لا تزيد على المبلغ الواجب وده للمشتري بموجب استعمال حق الاسترداد .

وقد يكون الاتفاق الذى يتم بين المشتري والمتعرض صلحاً لا يدفع فيه المشتري للمتعرض مبلغاً من النقود . فقد يكون المستحق حق ارتفاع المبيع ينكره المتعرض ، فيتفق معه المشتري على أن يكف عن إنكاره فى نظير ترتيب حق ارتفاع مقابل لعقار المتعرض على المبيع . وفى هذه الحالة لا يتخلص البائع من نتائج الضمان باستعمال حق الاسترداد ، إلا إذا دفع للمشتري قيمة حق الارتفاع الجديد الذى أنشئ على المبيع للعقار المتعرض والفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت إنشاء حق الارتفاع ومصرفات الصلح .



وقد يكون الاتفاق الذى يتم بين المشتري والمتعرض وقاء بمقابل ، كأن يكون المبيع موهوناً فى دين ، فينتق المشتري مع الدائن المرتهن على أن يدفع له مقابلاً لهذا الدين سيارة مثلاً . وفى هذه الحالة لا يتخلص البائع من التزامه بالضمان باستعمال حق الاسترداد إلا إذا دفع للمشتري قيمة هذه السيارة وقت تسليمها للدائن والقوائد القانونية لهذه القيمة من وقت التسليم ومصروفات الاتفاق الذى تم بين المشتري والمتعرض (١) .

ويبدو أنه إذا تم للبائع التخلص من نتائج الضمان باستعمال حق الاسترداد على الوجه السالف الذكر ، فإن عقد البيع الأصل يبق قائماً بينه وبين المشتري . وهذا العقد هو الذى يحدد العلاقة فيما بينهما ، إلا فيما يتعلق بضمان الاستحقاق فقد توافاه البائع باستعمال حق الاسترداد كما سبق القول . ويترتب على ذلك أن المشتري يعتبر متلقياً ملكية المبيع من البائع لامن المتعرض ويبقى البائع ملتزماً نحو المشتري بسائر التزامات البائع ، فلو ظهر فى المبيع مثلاً عيب حتى رجع المشتري على البائع بضمان هذا العيب .

والمفروض فى استعمال البائع لحق الاسترداد على النحو الذى قدمناه أن يكون المشتري قد اتفق مع المتعرض ، وتوفى باتفاقه هذا استحقاق المبيع . أما إذا ترك المشتري المتعرض يسير فى دعوى الاستحقاق دون أن يفتق معه ، وحكم للمتعرض بالاستحقاق الكلى مثلاً فاسترد المبيع من تحت يد المشتري ، ثم اتفق المشتري بعد

---

(١) ونرى من ذلك أن حق الاسترداد بالتفصيلات التى قدمناها قد أعطاه القانون للبائع تيسيراً عليه ليتخلص من ضمان الاستحقاق . وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التجهيز فى هذا المعنى : « أما التيسير هل البائع فينتق فى أنه لو ظهر أن الأجنبى على حق فى دعواه ، وكان المشتري قد توفى استحقاق المبيع كله أو بعضه باتفاق مع المستحق على أن يدفع له بدل المبيع مبلغاً من النقود أو أى شئ آخر ، مسلماً كان ذلك أو وقاء بمقابل ، وسواء تم ذلك قبل دفع دعوى الاستحقاق أو بعد رفضها ، وسواء تدخل البائع فى هذه الدعوى عند رفضها أو لم يتدخل ، فإن للبائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد للمشتري ما يبرعه تماماً عما دفعه المستحق : المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع القوائد القانونية وجميع المصروفات . وهذا حكم وجه العدالة فيه ظاهر ، وهو مثل من الأمثلة النادرة فى القانون على حق الاسترداد : انظر مطلقين آخرين فى استرداد الحصة الثامنة وفى استرداد الحق المتنازع فيه ( مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٩١ - ص ٩٢ ) .

ذلك مع المستحق على ان يعيد إليه المبيع بمقد جديد ، بيع او مفايضة أو غير ذلك ، فان ضمان الاستحقاق يكون واجباً على البائع الأصلي ، ولا يستطيع هذا أن يتوقاه بأن يدفع للمشتري الثمن الذي دفعه هذا المستحق في البيع الجديد او قيمة العين التي قابض بها المشتري المستحق على المبيع . ف ضمان الاستحقاق يبقى في ذمة البائع ، ونسرى عليه الأحكام التي بسطناها فيما تقدم ، وعلاقة المشتري بالمستحق يحكمها العقد الجديد الذي تم بينهما والذي بموجبه أعاد المستحق للمشتري الشيء المبيع ، وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة (١) .

### ٣٥ - الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التمرض الصادر من الغير

#### ٣٥٥ - زيادة الضمان أو انقاصه أو إسقاطه - التصوص

الفانوية : تنص المادة ٤٤٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيلا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصا منه ، أو يسقطا هذا الضمان .

٢ - ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري .

٣ - ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد نعد إخفاء حق الأجنبي .

وتنص المادة ٤٤٦ على ما يأتي :

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « ويلاحظ أن هذا الحكم لا يطبق إلا إذا كان المشتري قد توفق استحقاق المبيع باتفاقه مع المستحق . أما إذا لم يتفق هذا الاستحقاق ، وقضى للمستحق ، فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة ، وهي تنفق مع ما نص عليه كتاب مرشد الميراث - م ٥٠٦ - من أنه « لو أثبت المستحق الاستحقاق ، وقضى له ، ثم دفع المشتري إليه شيئاً وأسله المبيع ، يكون قد اشترط البيع من المستحق ، وله أن يرجع على ياتمه بالثمن » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٤ - أنظر المادة ٥٥٢ من التقنين المدني العراقي آنفاً في نفس الفقرة في المالحش ) .

١ - إذا اتفق على عدم الضمان ، بقي البائع مع ذلك مسؤولاً عن أي استحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك .

٢ - أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فإن البائع يكون مسؤولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى ساقط الخيار » (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدنى السابق المواد ٣٧٥/٣٠١ و ٣٧٧/٣٠٣ (٢) .

#### (١) تاريخ النصوص :

م ٤٤٥ : ورد هذا النص في المادة ٥٩١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان يدمج الفقرات الثلاث في فقرتين اثنتين . وفي لجنة المراجعة قسمت الفقرة الأولى إلى فقرتين تميز المحكين كل منهما عن الآخر ، وأصبح النص يشتمل على فقرات ثلاث مطابقة بذلك لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٤٥٨ في المشروع التامى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٥ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٣ - ص ١٠٤ ) .

م ٤٤٦ : ورد هذا النص في المادة ٥٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان لا يشتمل في الفقرة الثانية لـ « عبارة الاستحقاق » ، فأضيفت هذه العبارة في لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقمه ٤٥٩ في المشروع التامى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٦ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٥ وص ١٠٧ ) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٣٧٥/٣٠١ : يجوز للمانع أن يشترط عدم ضمانه لمبيع ، إنما إذا كان هذا الاشتراط حاصلاً بالانقضاء عامة وصار نزاع الملكية من المشوى ، فلا يلزم البائع إلا برد الثمن دون التفسيرات .

م ٣٧٦/٣٠٢ : لا تبطل ملازمة البائع المشتري عدم الضمان برد الثمن إلا ثبت علم المشتري وقت البيع بالسبب الموجب لنزع الملكية أو اعترافه بأنه اشترى المبيع ساقط الخيار ولا ضمان على البائع في جميع الأحوال .

م ٣٧٧/٣٠٣ : شرط عدم الضمان باطل إذا كان حق المدنى في استحقاق المبيع ناشئاً من فعل البائع .

( والأحكام واسعة في التقنينين الجديد والسابق : ولكن نصوص التقنين الجديد أقوى وأكثر عملاً لمعاملات المختلفة : المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٢ ) .

وتقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري  
المادتين ٤١٣ - ٤١٤ - وفي التفتين المدني الليبي المادتين ٤٣٤ - ٤٣٥ - وفي  
التفتين المدني العراقي المادتين ٥٥٦ - ٥٧٧ - وفي تفتين الموجبات والعقود  
اللباني المواد ٤٣٠ - ٤٣٢ و ٤٣٩ (١) .

وترى من هذه النصوص أن أحكام الضمان التي قدمناها ليست من النظام  
العام ، فيجوز الاتفاق على تعديلها . والاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض  
الصادر من الغير - كالاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من البائع -  
قد يكون اتفاقاً على زيادة هذا الضمان أو اتفاقاً على إنقاصه ، أو اتفاقاً  
على إسقاطه .

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٤١٣ (منقطة مع المادة ٤٤٥  
مصري ، فيما عدا أن النص السوري قد أغفل الفقرة الثانية من نص التفتين المصري ، فلا يمكن إذن  
في التفتين السوري أن يكون حق الارتفاق ظاهراً أو أن البائع قد أبان عنه للمشتري - حتى لا يضمه  
البائع بل يجب اشتراط عدم الضمان ) .

م ٤١٤ ( مطابقة المادة ٤٤٦ مصري ) .  
ونظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٧٣ - فقرة ١٨٠ .  
التفتين المدني الليبي م ٤٣٤ - ٤٣٥ ( مطابقتان للمادتين ٤٤٥ - ٤٤٦ مصري ) .  
التفتين المدني العراقي م ٥٥٦ ( مطابقة المادة ٤٤٥ مصري ) .

م ٥٥٧ : ١ - إذا اتفق على عدم الضمان ، بين البائع مع ذلك مسئولاً عن أي استحقاق ينشأ  
من عمله ، ويقع بإسقاط كل اتفاق يقضي بغير ذلك . ٢ - أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من  
فعل الغير ، فإن البائع يكون مسئولاً عن رد الثمن فقط . ( وهذا الحكم يخالف نص التفتين المصري  
في أن البائع - عند الاتفاق على عدم ضمان تعرض الغير - يكون مسئولاً في التفتين المصري عن  
قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، وفي التفتين العراقي عن رد الثمن . ولم يرد في التفتين العراقي العبارة  
الأخيرة الواردة في نص التفتين المصري « إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب  
الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار » . ويبدو أنه يمكن تطبيق هذا الحكم في العراق لاتفاقه مع  
القواعد العامة - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢١٩ - فقرة ١٢٢٠ .  
تفتين الموجبات والعقود البتاني م ٤٣٠ : يحق للمتاعدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدوا  
أو ينقصوا مفعول هذا الموجب القانوني ، كما يحق لهم أن يتفقوا على عدم إلزام البائع بضمان ما .  
م ٤٣١ : إن البائع ، وإن اشترط عدم إلزامه بضمان ما ، يبق ملزماً عند تمام الاستحقاق ،  
رد الثمن ، إلا إذا كان المشتري قد عقده الشراء وأخذ على نفسه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر ،  
أنظر أيضاً المادة ٤٣٩ آنفاً فقرة ٣٥٣ في الهامش .

( والأحكام واحدة في التفتين البتاني والمصري ، إلا أن التفتين المصري أكثر تفصيلاً ) .

ويجب في جميع الأحوال أن يكون الاتفاق واضحاً في أن إرادة المتبايعين قد انصرفت إلى تعديل أحكام الضمان ، فلا يساق في عبارات عامة غامضة يذكر فيها المتعاقدان أن البائع يضمن للمشتري جميع أنواع التعرض القانوني والفعل ، أو أن البائع يضمن للمشتري جميع أنواع التعرض والامتناع والرهون والتصرفات السابقة على البيع ، أو نحو ذلك . فتل هذه العبارات لا تعدل شيئاً في أحكام الضمان التي سبق بسطها ، وإنما هي ترديد للقواعد العامة في هذا الشأن في وضع يريد المتعاقدان به إبراز التزام البائع بالضمان وتأكيد هذا الالتزام ولكن دون إدخال أى تعديل في أحكامه (١) . وبراى أيضاً أن الاتفاق على إسقاط الضمان أو على إنقاصه يجب عدم التوسع في تفسيره ، فإن المشتري بهذا الاتفاق ينزل عن حقه أو بعض حق والزول على الحق يفسر تفسيراً ضيقاً طبقاً للقواعد العامة .

### ٣٥٦ - الاتفاق على زيادة الضمان : هذا الاتفاق لا يقع كثيراً في

العمل ، فإن القواعد العامة في أحكام الضمان ، كما رأينا ، تضمن عادة للمشتري كل تعرض من الغير ، وتكفل له تعويضاً كافياً يزيد في كثير من الأحيان على التعويض الذي ينحوله إياه دعوى الفسخ أو دعوى الإبطال على النحو الذى قدمناه .

(١) أوبرى دور ٥ - فقرة ٣٥٥ هامش ٤٢ - بودوى وسينيا فقرة ٢٩٣ - بلانبول وريبير وهامل ١٠ - فقرة ١٢١ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا لم يذكر في عقد البيع التزامات صريحة خاصة بالضمان ، فإن القانون يفرض أن المتبايعين أرادا ما بيته في مواده . ولهذا يجب على من يريد مخالفة ما فرضه القانون من الضمان - إذا هو أراد تشديد الضمان على البائع - أن يبين في العقد الشرط الذى يفهم منه صراحة تشديد الضمان ومخالفة ما نص عليه القانون - أما إشكال العقد على ما قرره القانون ببيارات عامة ، فإنه لا يدل على أن البائع تعهد بضمان أشد مما فرضه القانون . ويكون من المتيقن في هذه الحالة تطبيق الضمان القانونى دون زيادة عليه ، لأنه في حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهد ( نقض مدف ٣ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٠ ص ٧٦ ) . وانظر أيضاً استئناف مصر ١٦ فبراير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١٧٠ - استئناف مخطوط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٨ - ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ١٣ ص ١٣٩ .

على أن المشتري قد يزيد في الاحتياط ، فيشترط على البائع ضمان أعماله في الأصل ليست داخلية في الأحكام العامة للضمان ، أو زيادة في التمييز الذي يستحقه بموجب هذه الأحكام . مثل ضمان أعمال ليست داخلية في الأصل في الأحكام العامة للضمان أن يشترط المشتري على البائع أن يرجع عليه بالضمان إذا نزع ملكية المبيع بعد البيع للمنفعة العامة (١) ، فنزع الملكية للمنفعة العامة بعد البيع لا يدخل في الأعمال التي يضمنها البائع طبقاً للأحكام العامة في الضمان ، فزاد المشتري ضمان البائع بهذا الاتفاق . وقد لا يزيد المشتري في الأعمال التي يضمنها البائع ، ولكنه يعدل في شروطها بما تترتب عليه زيادة الضمان ، كأن يشترط الرجوع بجميع المصروفات الكمالية ولو كان البائع حسن النية ، والأصل أنه لا يرجع بالمصروفات الكمالية إلا إذا كان البائع سيئ النية (٢) . ومثل التعديل في الشروط أيضاً أن يحتفظ المشتري لنفسه بالحق ، عند الاستحقاق الجزئي ، في رد المبيع وأخذ تعويضات كاملة ولو كان الاستحقاق الجزئي غير جسيم ، والأصل كما رأينا أنه لا يجوز ذلك إلا إذا كان الاستحقاق الجزئي جسيماً بالقدر الذي لو علم به المشتري لما أتم البيع . ومثل التعديل في الشروط أخيراً أن يشترط المشتري الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق ولو قبل وقوع التعرض فعلاً متى علم المشتري بسبب الاستحقاق ، والأصل كما قلنا أن ضمان الاستحقاق لا يقوم إلا إذا وقع التعرض فعلاً (٣) . ومثل زيادة الضمان عن طريق زيادة التمييز ، أن يشترط المشتري ، عند استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً ، استرداد أعلى القيمتين قيمة المبيع وقت الاستحقاق أو الثمن ، والأصل كما قلنا أنه لا يسترد إلا قيمة المبيع وقت الاستحقاق ولو نقصت هذه القيمة عن الثمن .

(١) بدران ١١ فترة ٢٢٦ - ويحسن أن نحدد المدة التي إذا نزع ملكية المبيع للمنفعة العامة في علائها وجب الضمان ، وذلك متى يكون الضمان مبدئياً فبذلك إعماله ( يوهي رسنيا فترة ٢٩٩ ) .

(٢) للذاكرة الإنشائية المعروضة انتهت في مجموعة الأعمال المنشورة ١٠٦ .

(٣) أنيكوليس والوز : قف٣ ١٢٧٠ فترة ١٢٧٠ .

### ٣٥٧ - انقضاء على انقاص الضمان : وهذا الاتفاق ، بخلاف

لاتفاق على زيادة الضمان ، يقع كثيراً في العمل . ويتناول هو أيضاً إما الأعمال الموجبة للضمان فيقلل منها (١) ، أو مقدار التعويض المستحق فينقص منه . مثل التقليل من الأعمال الموجبة للضمان أن يشترط البائع على المشتري عدم ضمانه لما عسى أن يظهر على المبيع من حقوق ارتفاق خفية لا يعلم بها البائع ، أو عدم ضمان حقوق ارتفاق للمبيع إذا ظهر فيها بعد أنها غير موجودة ، أو عدم ضمان استحقاق المبيع في حالة ما إذا كان هذا الاستحقاق مترتباً على إبطال سند ملكية البائع لعب معين فيه . ومثل إنقاص مقدار التعويض أن يشترط البائع على المشتري ، عند الاستحقاق الكلي ، ألا يرجع عليه إلا بائناً ولو نقص عن قيمة المبيع وقت الاستحقاق (٢) ، أو ألا يرجع عليه بالمصروفات أصلاً ولو كانت نافعة ولم يتردها المشتري من المستحق كاملة ، أو ألا يرجع عليه بتعويض أصلاً فلا يسرد إلا الثمن أو لا يسرد إلا قيمة المبيع وقت الاستحقاق .

وقول الفقرة الثالثة من المادة ٤٤٥ مدني كما رأينا : « ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي » . فإذا كان البائع ، وهو يشترط إنقاص الضمان في خصوص حق معين قد يظهر لأجنبي على العين المبيعة ، يعلم بوجود هذا الحق فعلاً وقت البيع ويكتفه عن المشتري ، فإنه يكون بذلك قد ارتكب غشاً واشترط عدم مسئوليته عنه ، ولا يجوز طبقاً للقواعد العامة اشتراط عدم المسؤولية عن الغش حتى لو كانت المسؤولية عقدية . فالنص المتقدم إذن ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، ويكون الاتفاق على إنقاص الضمان باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي .

على أنه لا يكفي مجرد علم البائع بحق الأجنبي وقت البيع حتى يقال إنه أخفاه عمداً من المشتري ثم اشترط عدم الضمان . فقد يكون البائع عالماً بحق الأجنبي دون

---

(١) ويمن من الضمان إطلاقاً فيما يتعلق بالأعمال التي اتفق على استبعادها ( الأستاذ منصور مصطلح منصور ص ١٨٤ هامش ١ ) .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٠٦ .

أن ينجفيه عن المشتري ، بأن يكون المشتري نفسه عالماً بهذا الحق كالبائع ، ورضى باشتراط البائع عدم ضمان هذا الحق ، ففى هذه الحالة لا يكون الشرط باطلاً لأن البائع لم يخف عن المشتري شيئاً . بل قد يكون المشتري غير عالم بحق الأجنبي ، ولكن البائع لا يعتبر مع ذلك قد كتم عنه هذا الحق إذا كان يعتقد أن المشتري عالم به عندما اشترط عدم ضمانه إياه . فلا يكون البائع فى هذه الحالة أيضاً قد تعمد إخفاء حق الأجنبي عن المشتري حتى يبطل شرط عدم الضمان ، ويكون الشرط صحيحاً . أما إذا كان البائع يعلم بحق الأجنبي ، ويعلم فى الوقت ذاته أن المشتري لا يعلم بهذا الحق ، ثم اشترط البائع عدم ضمانه للحق دون أن يخبر المشتري بوجوده ، فانه يكون فى هذه الحالة قد تعمد إخفاء حق الأجنبي ، ويكون شرط عدم الضمان باطلاً ، وبضمن البائع للمشتري الاستحقاق الناشئ من ظهور حق الأجنبي بالرغم من هذا الشرط .

ويلاحظ أنه إذا كان كل من البائع والمشتري عالين بحق الأجنبي وقت البيع ، لم يكن هذا وحده كافياً للقول بأن هناك شرطاً ضمناً بعد ضمان البائع لهذا الحق ، فقد يكون الاثنان عالين به ومع ذلك أمل المشتري أن يدفع البائع عنه تعرض الأجنبي بوسيلة أو بأخرى عن طريق حل الأجنبي على التزول عن حقه . فإذا لم يتحقق أمل المشتري فى هذه الحالة ، ولم يستطع البائع أن يدفع تعرض الأجنبي ، فاستحق المبيع كله أو بعضه ، رجع المشتري بضماني الاستحقاق على البائع بالرغم من أن كلا منهما كان عالماً وقت البيع بسبب الاستحقاق . وليس هذا معناه أنه لا يجوز أن يكون الاتفاق على إنقاص الضمان اتفاقاً ضمناً ، فالاتفاق الضمنى يجوز كالاتفاق الصريح ، وقد يكون علم كل من البائع والمشتري بسبب الاستحقاق وقت البيع اتفاقاً ضمناً على عدم ضمان هذا السبب ، ولكن يشترط فى ذلك أن يقتصر هذا العلم بملاسات وظروف تكون قاطعة فى استخلاص شرط عدم الضمان ، كأن يراعى وجود حق الأجنبي فى تقدير الثمن أو فى شروط البيع الأخرى (١) .

---

(١) بلاتويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٢ ص ١٢٢ - وقد يشترط الضمان فى العقد ويكون التباين عالين وقت التعاقد بسبب الاتفاق ، ففى هذه الحالة يُلغى شرط الضمان =



والإتفاق على إنقاص الضمان ، بخلاف الإتفاق على إسقاط الضمان كما سنرى .  
يبقى صحيحاً حتى لو كان سبب الاستحقاق آتياً من جهة البائع فيجوز للبائع أن  
يشترط عدم ضمان الاستحقاق الناشئ من رهن هو الذى رثبه على المبيع قبل  
البيع ، أو عدم ضمان الاستحقاق الناشئ من إبطال سند ملكيته للمبيع لسبب  
هو مسئول عنه (١) . ولكن يبطل هذا الإتفاق إذا كان سبب الاستحقاق راجعاً  
إلى غش البائع ، إذ لا يجوز للبائع اشتراط عدم مسئوليته عن غشه . فلا يجوز  
أن يشترط البائع عدم الضمان للاستحقاق الناشئ من بيعه المبيع مرة أخرى  
لمشتري ثان يتقدم على الأول بسبقه إلى التسجيل فى العقار أو إلى الحيازة  
فى المنقول (٢) .

**٣٥٨ - خصوصية فى مفهوم الإلتفاق :** وكان مقتضى القواعد  
التي قررناها أن البائع إذا أراد إسقاط ضمانه لحق إرتفاق على المبيع ، وجب أن  
يشترط عدم الضمان ولا يكفى أن يكون المشتري عائلاً بوجود هذا الحق على

== فى القعد - وهو أصلاً لا حاجة إليه - على أن العرض منه هو تأمين المشتري من الخطر الذى  
يهدده تأميناً لا يكون إلا بالتزام البائع عند الاستحقاق بالتفسيئات علاوة على رد الثمن ( نقص  
مدنى أول فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام التقض ٢ رقم ٦٥ ص ٢٨١ ) . وقد ثبت أن  
المشتري كان يعلم وقت شرائه بالعليب للتلاصق بسند البائع ، وأنه أقدم على الشراء مجازفاً وبحسب  
مستوليه ، فلا يكون له الحق فى طلب التفسيئات ، ولكن يحق له استرداد الثمن إلا إذا اشترى  
ساقط الخيار ( نقص مدنى ٢١ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام التقض ٥ رقم ٦٥ ص ٤٣٧ -  
وأنظر أيضاً استئناف غنطط ١٦ مارس ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢ - ١٠ يونيو  
سنة ١٩٠٧ م ٧٨ ) . وقفت محكمة الاستئناف المختطة بأنه إذا كان المشتري مالماً  
بسبب الإلتفاق وقدر المبلغ الذى يتقدمه بمبلغ معين ، فلا يحق له استرداد هذا المبلغ فى حالة  
الإلتفاق ( استئناف غنطط ٧ مايو سنة ١٩٠٧ م ٥ ص ٢٧١ ) .

- (١) بودوى وسيفيا فقرة ٤٠٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٢ ص ١٢٣ .
  - (٢) أبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هاش ٤٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٢ .
- أما اشتراط إسقاط الضمان أصلاً - لا بمجرد إنقاصه - عن التعرض الصادر من البائع نفسه ،  
فقد رأينا أنه غير جائز ، وهو كان الضمان غير ناشئ من غش البائع بل عن نغله فقط ( بودوى  
، سيفيا فقرة ٤٠٥ ) .

المبيع . ولكن الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدني أفردت حقوق الارتفاق (١) بحكم خاص بها في هذا الشأن ، فنصت كما رأينا على مايتأتى : « ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط هدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً . أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري » (٢) فيكنى إذن أن يكون المشتري عالماً بحق ارتفاق قائم على المبيع ، ويكون علمه من طريق معين ، حتى يكون هذا العلم بمثابة اشتراط البائع بعدم الضمان . وكان الأصل أن هذا العلم وحده لا يكتفى ، بل يجب أن يشترط عدم الضمان . ونرى من ذلك أن حقوق الارتفاق تفارق غيرها من الحقوق في هذه الخصوصية من حيث الضمان ، ففي حقوق الارتفاق يكون البائع غير ضامن إما باشرطائه عدم الضمان (٣) وإما بأن يثبت أن المشتري

---

(١) ويضيف القانون المدني الفرنسي إلى حقوق الارتفاق التكاليف كحق الانتفاع وحق المستأجر وكل حق من شأنه أن ينقص الانتفاع بالعين وإنما يعرضها لمطرح نزع الملكية ( بودري وسينيا لفترة ٣٨٨ - بلاتيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٩٨ ) . ولا يجوز في القانون المصري التوسع ، فقد عبر النص الاستثناء على حق الارتفاق ، فلا يلحق به في الحكم أى تكليف آخر كحق انتفاع أو حق حكر ( الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فترة ١٦٠ ص ٢٥٥ - ص ٢٥٦ - عكس ذلك الأستاذ عبد المنعم البدواي فترة ٣٠٠ ) .

(٢) وتحمل هذه الخصوصية طابع التقاليد القديمة في حقوق الارتفاق ، عندما كان القانون الرومان يجعل البائع لا يضمن حقوق الارتفاق لأن التنظيم الانتصاى الملكية العقارية عند الرومان كان من شأنه أن يجعل المشتري يتوقع دائماً أن يكون على المبيع حقوق ارتفاق ولم تنتقل هذه التقاليد كاملة ، بل تركت أثرها في جعل حق الارتفاق الظاهر أو الذى أعلم به البائع للمشتري لا يفسد البائع ( أنظر آنفاً فترة ٣٢٥ )

(٣) وإذا اشترط البائع إسقاط الضمان إطلائاً ، وكانت هناك حقوق ارتفاق غفية لا يعلم بها المشتري وقت البيع ، فإن البائع يبنى ملتزماً بضمان ما كان منها ناشئاً من فعله ، إلا إذا أبان عنه للمشتري . أما إذا أعفاه عنه ، وكذلك إذا كان يعلم بحقوق ارتفاق غير ناشئة من فعله وأعفاهما من المشتري ( م ٣/٤٥٠ مدني ) ، فإن الاتفاق على إسقاط الضمان يكون باطلاً ( بودري وسينيا فترة ٤١٣ ) . فلا يبق إذن إلا حالة ما إذا كان البائع لا يعلم بحق ارتفاق على المبيع وكذلك لا يعلمه المشتري وقت البيع ، فإن اشتراط إسقاط الضمان في هذه الحالة يفسد البائع من التصديقات ، ولكن لا يعفيه من رد ما نقص من قيمة المبيع وقت الاستحقاق بسبب وجود حق الارتفاق .

أما إذا اشترط البائع عدم ضمان حقوق الارتفاق إلحاقية فهذا شرط في إنقاص الضمان لا في إسقاطه . ومن ثم يصح ، ويصل إلى مدى أبعد من شرط إسقاط الضمان . ذلك أن البائع ، إذا كان يضمن في هذه الحالة حقوق الارتفاق الناشئة من فعله أو التي يعرضها وأعفاهما من المشتري ، =

قد علم بحق الارتفاق لأنه ظاهر أو أبان عنه البائع ، أما في الحقوق الأخرى فان البائع يكون غير ضامن باشرطه بدم الضمان ولا يكفي إثبات علم المشتري بها عن اى طريق (١) .

== فإنه لا يضمن حقوق ارتفاق لا يملها هو ، سواء ملها المشتري أو لم يملها . فلا يضمن إذن حق ارتفاق مجهله هو والمشتري ، ويمتنع في هذه الحالة حتى من التصرفات ، وهو لا يمتنع من التصرفات في حالة اشتراط إسقاط الضمان (قارب كولان وكايتان ٣ فقرة ٩١٨) .

(١) ويلاحظ أن قيود الملكية - كحقوق الشرب والمجرى والمسيل والروبر - ليست حقوق ارتفاق بالمعنى الصحيح ، فهذه يقررها القانون والمشتري يبرئها أو ينفي أن يبرئها . فلا يلزم البائع ضمانها للمشتري ، سواء كانت ظاهرة أو غير ظاهرة، وسواء أثبت البائع أن المشتري يبرئها أو لم يثبت ، وحتى لو ضمن البائع غلو المبيع من حقوق الارتفاق (استئناف مخطط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٧ - بودرى وسينيا فقرة ٣٨٧ - دى باج ٤ فقرة ١٣٩ - بلانويك وريير وبولانجي ٢ فقرة ٢٥٣٧ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٠١ ص ٦٠٤ - جوسران ٢ فقرة ١١٠٩ - الأستاذان أحمد نجيب الملل وحامد زك رقم ٣٥٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٤١ - الأستاذ حمد علي إمام ص ٣٤٥ - الأستاذ عبد التميم البداري فقرة ٣٠٢) (ولكنه لا يعتبر هذه الحقوق قيوداً بل ارتفاقات لأنها لا تنشأ إلا إذا طلبها من يبرئها). والعقود الناشئة من غلط التنظيم تعتبر أيضاً قيوداً على الملكية لا يضمنها البائع . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البائع لا يضمن ظهور حقوق ارتفاق طينية أو قانونية كحق الارتفاق الفلطي من غلط التنظيم ، لهذه الحقوق ليست حقوق ارتفاق بالمعنى الدقيق ، بل هي قيود قانونية المفروض أن المشتري يبرئها (استئناف مخطط ٢٦ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٣٧ . وانظر أيضاً استئناف مخطط ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ - بودرى وسينيا ص ٢٥٢ هامش رقم ٢) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا اشترى شخص عيناً قد صدر مرسوم بترفع ملكيتها من قبل شرائه أو مرسوم بتعديل غلط التنظيم قبل الشراء بحيث يدخل بعضها في الشارع ، فليس له أن يدعى بأن ذلك من حقوق الارتفاق الموجبة لفسخ عقد الشراء (استئناف مصر ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ١٩) . لكن إذا تعدد البائع إعدام غلط التنظيم من المشتري ليحصل على ثمن أمل ، فإنه يكون قد فسخ المشتري ، ويرجع هذا بدعوى التذليس (استئناف مخطط ٢٦ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٧ وهو الحكم السابق الذكر) .

ومع ذلك فقد قضت أخيراً محكمة الكلية بأن وتفرع المقار للمبيع في غلط التنظيم يعد عيباً خفياً في حكم المادة ٢٧٧ مدني ، لأنه ينقص من قيمة المبيع ونقصه بحسب النافذة التي تستخلصها المحكمة من وقائع الدعوى والعرف الجاري وما يستفاد مما هو مبين بالمقد وطبيعة المقار للمبيع والقرض الذي أمده له وهو استماله والانتفاع به بطريقة الانتفاع كافة . وليس في استطاعة المشتري إذا تضمن المبيع وقت الشراء بمثابة الرجل المتاد أن يتبين أن المقار للمبيع داخل غلط التنظيم ، لأن العيب لا يمكن ظهوره بمجرد فحص المبيع ذاته ، كما أنه لا يمكن مجرد نشر مرسوم غلط التنظيم بالجريدة الرسمية كدلالة على علم المشتري أو استطاعته هذا العلم . والمادة ٤٤٤ مدني تنص على ضمان البائع =

وليكون علم المشتري بحق الارتفاق كافياً لإسقاط ضمان البائع ، يجب كما قلنا أن يكون المشتري قد حصل علمه عن أحد طريقين : (أولاً) من كون حقوق الارتفاق على المبيع ظاهرة ، فيستطيع المشتري وقت البيع وهو يعاين المبيع أن يرى معالم حق الارتفاق ظاهرة أمامه ، أو كان يستطيع أن يراها ظاهرة ، فسكوته دليل على رضائه بعدم ضمان البائع (١) . ويخلص من ذلك أن مجرد ظهور حق الارتفاق يكتفى لإسقاط الضمان ، علم المشتري فعلاً بحق الارتفاق أو لم يعلم . (ثانياً) إذا لم يكن حق الارتفاق ظاهراً ، فيكتفى أن يعلم البائع المشتري بوجود هذا الحق (٢) . وليس هذا الاعلام معناه اشترط عدم الضمان بل هو مجرد إعلام بوجود الحق ، فيصبح المشتري عالماً به ، وسكوته في هذه

---

== إذا وجد المبيع مثلاً بتكليف (charge) وكانت خسارة المشتري من ذلك بلغت ثلثاً أو ثلثي ثمنه لم أتم العقد . ومباراة «تكليف» تشمل بمسؤولية كافة حقوق الانتفاع اتفاقية كانت أوقانونية ، كما أنها تمتد إلى القيود القانونية التي تحد من نطاق حق الملكية ، والعقار الداغل في خط التنظيم يكون مثلاً بتكليف لمصلحة النفع العام ويخلق عليه حكم المادة ٤٤١ (مصر الكلية ١٩ أكتوبر سنة ١٩٥٥ الهامة ٣٦ رقم ٤٤٨ ص ٩١٦) .

(١) استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٥٣ - لكن إذا كان حق الارتفاق ظاهراً ، ومع ذلك ضمن البائع أنه غير موجود أو أن المبيع خال من حقوق الارتفاق ، لزمه الضمان (بودري وسينيا فقرة ٣٨٩ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٥٥ - الأستاذ جميل الشراوى ص ٢٦٥ هامش ١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٥) . وإذا كان المبيع حق ارتفاق ظاهر ، فإن البائع يضمنه ولو لم يفرد بالذكر في عقد البيع . فإذا تبين أن هذا الحق غير موجود بعد أن اطمأن المشتري إلى وجوده الظاهر ، جاز للمشتري الرجوع على البائع بالضمان ( بودري وسينيا فقرة ٣٩٠ - دي باج ٤ فقرة ١٣٩ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٥٩ - الأستاذ محمد علي امام فقرة ٣٤٦ - الأستاذ عبد المنعم البدرى فقرة ٣٠٠ - استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٤ - ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٢٨ - وانظر خلافاً في هذه المسألة مع ترجيح هذا الرأي أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ vente فقرة ١٣٦٣) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا ضمن البائع غلو المبيع من أى حق ارتفاق ، فنظروا ارتفاق مطل على المبيع يوجب الضمان إذا كان المشتري قد اعتقد أنه موجود على سبيل التسامح ( ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٣٩) .

(٢) ويجب أن يعلمه بوجود حق الارتفاق بالذات ، ولا يكتفى بالتصميم والقول بأنه باع المبيع بما عليه من حقوق ارتفاق أو نحو ذلك ( بلانويول وريير وهامل ١٠ فقرة ١٠٢ ص ١٠٩ وهامش رقم ١ ) - ولا يوجد شكل خاص للاعلام ، فيصح أن يكون شفوياً ، ولكن البائع يحمل عبء إثبات أنه أعلم المشتري بوجود حق الارتفاق .

الحالة رضا ضمنى بإسقاط ضمان البائع (١) . ويبدو من صياغة نص الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ ، منى السابقة الذكر (٢) أن المشتري يجب أن يحصل علمه من أحد هذين الطرفين أو من كليهما (٣) ، فلا يكفي لإسقاط الضمان أن يكون المشتري علماً بحق الارتفاق من طريق آخر غير هذين ، كأن يعلمه بحق الارتفاق شخص غير البائع أو ناتج ، أو يكون علماً به من قبل دون أن يخبره به أحد . ذلك أن علم المشتري بحق الارتفاق الذى يترتب عليه إسقاط ضمان البائع يجب أن يكون علماً بنطوى فيه معنى إسقاط الضمان . فكون حق الارتفاق ظاهراً كاف في جعل البائع يعتقد أن المشتري يعلم بحق الارتفاق ويرضى فيه بإسقاط الضمان . وكون البائع نفسه هو الذى نولى إعلام المشتري به كاف هو أيضاً في افتراض أن هذا الإعلام بمثابة اتفاق ضمنى على عدم الضمان . أما علم المشتري بحق الارتفاق من طريق آخر ، فلا يتوافر فيه هذا المعنى . ويترتب على ذلك أن حق الارتفاق إذا كان مسجلاً ، ولكنه لم يكن ظاهراً ولم

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية المشروع النهى في هذا الصدد : « وإعلام البائع المشتري بوجود حق ارتفاق على المبيع يعتبر شرطاً من البائع بعدم ضمانه لهذا الحق مقترناً بعلم المشتري بسبب الاستحقاق فلا ترجع المشتري بشئ على البائع . ويقوم مقام إعلام البائع للمشتري بحق الارتفاق أن يكون هذا الحق ظاهراً للمشتري » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٦ ) . ويلاحظ أن العبارات المتضمنة لجعل إعلام البائع للمشتري بوجود حق ارتفاق يقوم مقام أمرين ، شرط عدم الضمان وعلم المشتري بسبب الاستحقاق ، كما لو كان الاتفاق على إنقاص الضمان يقتضى الأمرين معاً . والصحيح أن الذى يقتضى الأمرين معاً هو الاتفاق على إسقاط الضمان إطلاقاً لا على مجرد إنقاصه ، وظاهر أن عدم ضمان حق ارتفاق معين هو اتفاق على إنقاص الضمان لا على إسقاطه .

(٢) وهي تختلف عن صياغة المادة ١٦٣٨ مدنى فرنسى للمقابلة ، ومن ثم جاز في القانون المدنى الفرنسى — وهو أقرب إل تقايله القانون الرومانى السابقة الذكر — أن يحصل المشتري علمه بحق الارتفاق من أى طريق آخر ( بودوى وسيبلا فقرة ٢٨٦ ص ٢٩٦ — بلاتويك وديبير وحامل ١٠ فقرة ١٠٢ ص ١٠٩ — بلاتويك وديبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤٣٨ ) . تارن دى باج ٤ فقرة ١٤٣ .

(٣) أنظر من هذا الرأى الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٥٥ — الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨٧ — الأستاذ عبد المنعم البهراوى فقرة ٣٠٤ ( مع تحفظ في أن العلم بحق الارتفاق يحرم من التعويضات ) . وأنظر عكس ذلك : الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٥٥ و ٢٥٦ و ٢٥٩ — الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٣٦ هامش رقم ٢ .

( م ١٥ — الوسيط ج ٤ )

يعلم به البائع المشتري ، فان مجرد تسليمه لا يستخلص منه علم المشتري به العلم  
الواجب لإسقاط ضمان البائع ، فالأمر يشترط البائع عدم ضمانه لحق ارتفاق مسجل  
لزمه الضمان (١) .

**٣٩٥ - ارتفاق على إسقاط الضمان :** وقد يصل البائع إلى حد أن  
يشترط على المشتري إسقاط ضمان الارتفاق إطلاقاً (٢) ، فلا يكون البائع

(١) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٤١ ص ٢٩٢ - الأستاذ محمد علي إمام ص ٣٤٥ -  
الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٥٤ - ص ٢٥٥ - الأستاذ جميل الشرقاوي ص ٢٣٦  
هامش ٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر أزي فقرة ٣٠٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور  
ص ١٨٦ - الأستاذ اسماعيل غانم ص ١٢٠ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي  
فقرة ٣٥٩ ص ٣٥٨ - ومع ذلك إذا وجد شرط في البيع يقضي باحترام المشتري لحقوق  
الارتفاق الخفية ، دخل ضمن هذه الحقوق حق ارتفاق مسجل ولو لم يعلم به المشتري . وقد  
قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدين المذروح ملكيته قد رتب على عقاره حق ارتفاق لمصلحة  
عقار آخر ، وقد حافظ صاحب العقار المذروح على هذا الحق بالتسجيل ليكون حجة على الكافة ،  
وفضلاً من ذلك تفسنت قائمة شروط البيع النص على التزام الراعي عليه المزايا احترام حقوق  
الارتفاق الظاهرة والخفية ، فإن تعدد هذا الأخير بحسن نيته وإدعاء عدم علمه بوجود هذا الحق  
يكون غير منتج (نقض مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٢٦  
ص ٩٦٩) .

وفي القانون الفرنسي ، الذي هو أقرب إلى تقاليد القانون الروماني كما قلنا ، يذهب أكثر  
الفقهاء إلى أن مجرد تسجيل حق الارتفاق لا يستخلص منه علم المشتري به ولا يسقط حقه  
في الرجوع بالضمائم : لوران ٢٤ فقرة ٢٦٩ - جيواري ١ فقرة ٤١٠ - أوبري ورو ٥  
فقرة ٣٥٥ هامش ٥٥ - بودري وسينيا فقرة ٣٨٦ ص ٣٩٦ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢  
فقرة ٢٥٢٩ - جوسران ٢ فقرة ١١٠٩ . وهكذا الرأي أعلنت محكمة النقض الفرنسية  
( ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٠ دالوز الانتقالي ١٩٤١ - ١٠٧ ) ، ولكن يذهب بعض الفقهاء  
إلى أن مجرد تسجيل حق الارتفاق يفرض على المشتري ويسقط حقه في الضمان ( بلانيول  
وريبير وهامل ١٠ فقرة ٦٠٤ - كولان وكايبنتان ٢ فقرة ٩٠١ ) . ويقول بعض آخر إنه  
مع التسليم جداً بأن نزع الارتفاق المسجل يعتبر معلوماً من المشتري . ولو لم يعلم به فضلاً ، فإنه  
يجب استثناء حالتين من هذه القاعدة : (١) حقوق الارتفاق الناشئة من تخصيص ربح الأسرة ،  
فهذه لا تسجل . (٢) حق ارتفاق لم يسجل إلا بعد البيع وإن كان قد سجل قبل تسجيل البيع ،  
فإنه لا يكون معلوماً من المشتري ومع ذلك يكون نافذاً في حقه فيضمنه البائع بالرغم من تسجيله  
( بيدان ١١ فقرة ١٩٨ ) .

(٢) ويعتبر شرط إسقاط الضمان التبرع الصادر من الغير . أن يشترط البائع أنه غير مستول  
إلا من التبرع الصادر عن شخصه ( ملانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٢ ) .

مستولا إذا استحق المبيع كله أو بعضه . وقد رأينا (١) أنه إذا اشترط البائع عدم الضمان (٢) على هذا النحو ، فإنه يبقى مع ذلك مستولا عن أى استحقاق ينشأ من فعله ، ويضع باطلا كل اتفاق يقضى بتغير ذلك (م ١/٤٤٦ مدنى) . ولكن هل يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان فيما يتعلق بالتعرض الصادر من البائع نفسه ؟ .

تجيب الفقرة الثالثة من المادة ٤٤٥ مدنى على هذا السؤال ، أولا ، بأن هذا الاتفاق يكون باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق لأجنبي يعلم أنه موجود وقت البيع . فإذا كان البائع يعلم مثلا أن المبيع عليه حق ارتفاق خفى لعقار مجاور ، فيكتمه عمداً عن المشتري ، ثم يشترط إسقاط الضمان إطلافاً دون أن يذكر سبباً معيناً للاستحقاق ، ثم يتبين بعد البيع أن المبيع عليه حق ارتفاق لم يعلمه المشتري عندما قبل شرط إسقاط الضمان وعلمه البائع بل هو قد أخفاه عمداً عن المشتري ، فإن البائع يضمن للمشتري الاستحقاق الناشئ من ظهور هذا الحق رغم اشتراط البائع إسقاط الضمان .

وتجيب الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ مدنى على هذا السؤال ، ثانياً ، بأنه إذا اشترط البائع إسقاط الضمان واستحق المبيع دون أن يعتمد البائع إخفاء سبب الاستحقاق عن المشتري ، فإن البائع يبقى مستولا عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق (٣) بالرغم من شرط إسقاط الضمان . فيكون هذا الشرط بمجرد لا يعفى البائع إلا من المسؤولية عن التعويض ، أما المسؤولية عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق فتبقى دون أن يؤثر فيها هذا الشرط (٤) .

(١) أنظر آتياً فقرة ٣٢٦ .

(٢) المراد بعدم الضمان هنا هو إسقاط الضمان . وهنا بخلان عبارة « عدم الضمان » الواردة في الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدنى ، فإن المراد بها إنقاس الضمان لا إسقاط ( الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨٤ هامش ١ ) .

(٣) ولم تذكر المادة ٢/٤٤٦ مدنى الفوائد القانونية من وقت الاستحقاق كما فعلت المادة ٤٣٣ مدنى ، ويبدو أن الفوائد تدخل في التعويضات فأغفلها النص عمداً ( أنظر الأستاذ عبد المنعم البدرادى ص ١٦٥ هامش ١ )

(٤) استئناف وطنى ٢ فبراير سنة ١٩١٥ الترائع ٢ رقم ١٩٢ ص ١٨٥ - وإذا كان الاستحقاق جزئياً ، ولم يكن جسيماً أو كأنه جسيماً ولكن المشتري اختار استبقاء المبيع ، =

وتجيب العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ ملني على هذا السؤال ، ثالثاً ، بأنه إذا أراد البائع - الذي لم يعتمد بطبيعة الحال إعفاء سبب الاستحقاق عن المشتري - إعفاء نفسه ، لافحسب من التعويض ، بل أيضاً من قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، فلا يكفي أن يشترط إسقاط الضمان ، بل يجب أيضاً أن يثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق (١) ، أو يثبت أن المشتري عندما قبل شرط إسقاط الضمان قد اشترى ساقط الخيار أى علماً بأن البيع احتالي وقد أقدم عليه مخاطراً (٢) . ففي هاتين الحالتين - حالة شرط إسقاط الضمان مع علم المشتري بسبب الاستحقاق وحالة شرط إسقاط الضمان مع قبول المشتري البيع ساقط الخيار - يكون من الواضح أن البيع عقد احتالي أقدم عليه المشتري محتملاً خطره ، وقد روعي ذلك بطبيعة الحال في تقدير ثمن المبيع . وعند ذلك إذا استحق المبيع ، لم يكن البائع مسئولاً نحو المشتري عن شيء (٣) . ولا يشترط في إعفاء البائع من الضمان على هذا النحو

= فلا يسترد المشتري قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، بل يسترد ما نقص من قيمة المبيع وقت الاستحقاق بسبب هذا الاستحقاق الجزئي ( الأستاذ جيل الشرفاوي ص ٢٦٧ هامش ١ ) .

(١) استئناف وطني ١٧ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٧٩ ص ١٥٥ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٥ الجرائد ٢ رقم ١٩٢ ص ١٨٠ - ٦ يناير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٦٦ ص ١٠٨ - استئناف مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة ٦ رقم ٢/٣٠ ص ٤٢٨ - استئناف مخطوط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٤ - ١٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤١٥ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٣ - ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ - ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ - ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٢٥ - ٢٥ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٩١ - ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٩٠ - ١٧ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٣٠ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٢٤ - ١٤ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٠٧ .

ويستوى أن يكون البائع نفسه عالماً وقت البيع بسبب الاستحقاق أو غير عالم بذلك ( بودري وسينا فقرة ٤٠٩ ص ٤١٧ ) .

(٢) استئناف وطني ١٢ مارس سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٩١ ص ١٦٧ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في هذا للمني : « ويكون البائع غير مسئول عن رد شيء ما إذا نصب شرط عدم الضمان أحد أمرين : علم المشتري بسبب الاستحقاق أو شراؤه ساقط الخيار ، لأن البيع في هذه الحالة يكون عقداً احتالياً » ( مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٠٦ ) - وقد كان هذا هو الحكم في عهد التقنين الذي سبق : استئناف مخطوط ٢١ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٥ ص ١٤٩ - ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٤٥ - ٢ مايو =



ألفاظ خاصة ، أو أن يكون شرط إسقاط الضمان مقترناً بعبارة أن المشتري قد اشترى ساقط الخيار . بل يكفي في ذلك أن يكون شرط إسقاط الضمان واضحاً فيه أن المقصود به هو جعل البيع عقداً احتياطياً ، وأنه في حالة استحقاق المبيع لا يكون البائع مسئولاً عن شيء . فيجوز أن يصاغ شرط عدم الضمان بما يفيد هذا المعنى دون أن يذكر أن المشتري قد اشترى ساقط الخيار ، كأن يذكر المشتري أنه لا يرجع حتى بقيمة المبيع ، أو يذكر البائع أنه لا يرد شيئاً إطلافاً ، أو نحو ذلك . بل يجوز أن يكفي المتبايعان بذكر أن المشتري قد اشترى ساقط الخيار ، دون أن يذكر شرط إسقاط الضمان (١) . ذلك أن شراء المشتري ساقط الخيار يفترض هنا شرط إسقاط الضمان ، أما شرط إسقاط الضمان فلا يفترض هنا أن المشتري قد اشترى ساقط الخيار (٢) .

---

== سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٦ - ١٧ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٣٥٧ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٢٣ ص ٩ - ١٧ مايو سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ٣٤٢ . وقد قضت محكمة الاستئناف بأن من حق المشتري ، حتى في هذه الحالة ، أن يدخل البائع خصماً في دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من الأجانب حتى يتعاون معه في دفع الدعوى ، فإذا حكم للمشتري بالرغم من ذلك لم يكن المشتري أن يرجع ضمان الاستحقاق على البائع ( ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٥٢ ) . ويجب على كل حال ، في حالتنا شرط إسقاط الضمان مع علم المشتري بسبب الاستحقاق وشرط قبول المشتري لشراء ساقط الخيار ، أن يكون البائع حسن النية ، أي يكون قد أطلع المشتري على كل سبب يعلمه يحتمل أن يكون مصدراً للاستحقاق ( استئناف مخطط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٧٨ - ١٢ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١١٢ ) .

(١) بودري وسينيلا فقرة ٤٠٩ ص ٤١٧ - الأستاذ منصور مصطلق منصور ص ١٩٠ -  
فان الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٦٤ .

(٢) ولا يكفي إسقاط الضمان أن يكون المشتري عالماً بسبب الاستحقاق وقت البيع ، دون أن يكون هناك شرط بعدم الضمان ( بودري وسينيلا فقرة ٤٠٩ ص ٤١٧ - ص ٤١٨ ) . هذا وقد نصت المادة ٤٦٠ مرافعات على أن كل شرط في قائمة شروط البيع يفرض بعدم ضمان الاستحقاق أو بأن يكون المشتري ساقط الخيار لا يقترب عليه إلا الإفتاء من التضمينات لا من رد الثمن . فهذا النص يفارقه الأحكام التي قد سناعها من ناهيتين : ( أولاً ) شرط عدم ضمان الاستحقاق وحده لا يقع من رد الثمن ، وإنما يقع من رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق . ( ثانياً ) شراء المشتري ساقط الخيار كان من الواجب أن يعني أيضاً من التضمينات . وظاهر أن نص تقييد المرافعات لم ينسق مع نصوص التقييد المدني . ولكننا مع ذلك لا نرى مانعاً من القول ، مع الأستاذ عبد المقيم البدرأوى ( فقرة ٣٣١ ) ، بأن الأحكام الواردة في تقييد المرافعات تسمى في الدلالة فيها بين الراسي عليه المزداد والدائنين ( فيجوز الراسي عليه المزداد أن =

## المبحث الرابع

### ضمان العيوب الخفية

#### وفوات الوصف

٣٦٠ - **مقصودية ضمان العيوب الخفية** : ضمان العيوب الخفية ، ضمان التعرض والاستحقاق ، يتميز بمقومات ذاتية وخصوصية تجعله ليس تطبيقاً عاماً للقواعد العامة . فقد كان من الممكن الاستثناء عن كثير مما ورد من النصوص المتعلقة بهذا الضمان والإكفاء بتطبيق القواعد العامة إذا ظهر عيب خفي مؤثر في المبيع كان موجوداً وقت البيع ولم يكن المشتري عالماً به . فيقال عندئذ إن البائع لم يحم بتنفيذ التزاماته ، فن المقروض أن البائع قد التزم بأن ينقل إلى المشتري لا ملكية المبيع فحسب ، بل أيضاً حيازة مفيدة تستجيب للفرض الذي أهد له المبيع . فظهور عيب خفي مؤثر في المبيع ، من شأنه أن يجعل المبيع غير صالح للفرض الذي أهد له ، يكون إخلالاً بالتزام البائع . ومن ثم يجوز للمشتري أن يطلب فسخ البيع . بل يمكن القول أيضاً إنه ما دام هذا العيب المؤثر كان موجوداً وقت البيع وكان المشتري لا يعلمه ولو علمه لما أقدم على الشراء ، فإن للمشتري أن يطلب إبطال البيع لغلط جوهري في المبيع .

ولكن دعوى ضمان العيوب الخفية تتميز عن دعوى الفسخ ودعوى الإبطال للغلط ، كما تميزت دعوى ضمان التعرض والاستحقاق عن دعوى الفسخ وعن دعوى الإبطال لوقوع البيع على ملك الغير . وسنرى أن هذه الدعوى لها شروطها الخاصة بها ، وأنه يترتب عليها أحكام خاصة تستبعد فكرة الفسخ وفكرة الإبطال

---

== يرجع نيل اللذانين بالتمسك على قاعدة الإثراء بلا سبب ، ولا يفهم شرط عدم الضمان لأفراد المشتري أنه اشترى سائلاً الخيار إلا من التضمينات ) ، أما أحكام للتقنين المدني فتبقى سارية فيما بين الراس عليه المزاد والبايع ( قارن الأستاذ أنوير سلطان فقرة ٢٩٠ والأستاذ منصور مصطفي منصور ص ١٩٠ - ص ١٩١ ) .

وتجمل التعويض فيها بعيداً عن أن يكون محض تطبيق للفواعد العامة . وسنرى أن من أبرز ما يميز هذه الدعوى أنها لا تجوز في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمراد ( م ٤٥٤ مدني ) ، وأنها تسقط بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ( م ٤٥٢ مدني ) . وسنعتقد في آخر هذا البحث موازنة بينها وبين ما يقرب منها من النظم القانونية كالإبطال للغلط أو للتدليس والفسخ لعدم التنفيذ .

والسبب في تميز دعوى ضمان العيوب الخفية بمقوماتها الخاصة يرجع ، كما رأينا ، يرجع في تميز دعوى ضمان التعرض والاستحقاق ، إلى تقاليد تاريخية تمت بأوثق الصلات إلى القانون الروماني . فقد كان في روما موظفون في الدولة ( *Ediles curules* ) يعهد إليهم في ضبط المعاملات التي تقع في الأسواق العامة . فعنوا ، فيما عتوا به ، بالتعامل في الحيوان وفي الرقيق . فقد كانت العيوب فيها شائعة يسهل إخفاؤها ، وكانت الأباذي تتداولها . فأوجبوا على البائع أن يعلن ما في المبيع من عيوب ، وجعلوا للمشتري إذا عثر على عيب لم يكشف عنه للبائع دعوىين : (١) دعوى رد المبيع على البائع (*actio redhibitoria-action* ) وهي دعوى جنائية يرد بها المشتري المبيع على البائع ويسترد منه ضعف الثمن الذي دفعه له . (٢) ودعوى إنقاص الثمن (*actio aestimatoria, quanti minoris-action aestimatorie* ) . وهما يسترد المشتري من البائع بعض الثمن الذي دفعه في مقابل العيب الذي كشفه إذا أراد استبقاء المبيع (١) . وكان المشتري بالخيار بين هاتين الدعويتين ، على أن يختار بينهما في مدة قصيرة بضع من شهور ، إذ كانت سرعة التداول في الحيوان تجعله يتغلب منه يد إلى يد فيعسر على البائعين المتعاقبين أن يكشفوا ما في الحيوان من عيوب حتى يعلنوا بها المشتري ، هذا إلى الخشية من مزاحم المشتري لعيوب في المبيع يدعونه وجودها بعد مدة طويلة فتتعلل معرفة مصدرها . ثم امتد هذا الجزء من بيع الحيوان والرقيق إلى بيع السلع الأخرى ، حتى عم في عهد

(١) بيان ١٩ فقرة ٢٤٧ - كروان وكاينيان ٢ ص ٦١٤ .

جوستينيان (١) . فأصبح بذلك لضمان العيوب الخفية مقومات خاصة انتقلت من القانون الروماني إلى التشريعات الحديثة (٢) لمسايرتها لضرورات التعامل ، فللمدة القصيرة التي يجب أن ترفع فيها دعوى الضمان تستجيب لضرورة استقرار التعامل حتى لا يدهى المشتري العيب في المبيع بعد انقضاء وقت طويل يتملر معه التعرف على مصدر العيب ، والخيار الذي أعطى للمشتري يستجيب لحالة ما إذا أراد المشتري استبقاء المبيع بالرغم مما لحقه من العيب فيكون من حقه إنقاص الثمن (٣) .

٣٦٦ - **مُرُورُ ضَمَانِ الْعُيُوبِ الْخَفِيَّةِ** : وضمان العيوب الخفية ، كضمان التعرض والاستحقاق ، يتجاوز نطاقه عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية ، بل وإلى كل عقد ينقل الانتفاع ، وبخاصة إذا كان من عقود المعاوضات . ذلك أن من ينقل الملكية أو الانتفاع إلى شخص آخر يجب عليه أن ينقل حيازة

---

(١) ويقابل هذا الذي حدث في القانون الروماني ما يعرف في الفقه المالكي بالعهدة ، فيفترض أن العيب إذا حدث عند المشتري في مدة معينة يكون كاسماً في المبيع وقت أن كان في يد البائع ، فيحمل البائع عهده ويكون مسؤولاً عنه . قال ابن رشد في بداية المجتهد ( جزء ٢ ص ١٤٤ - ص ١٤٦ ) : « أفرد مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الأصناف ، وعلته في ذلك أهل المدينة والفقهاء السبعة وغيرهم . ومعنى العهدة أن كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع . وهي عند القائلين بها عهدتان : عهدة الثلاثة الأيام وذلك من جميع العيوب الحادثة عند المشتري ، وعهدة السنة وهي من العيوب الثلاثة الجزام والبرص والجنون لما حدث في السنة من هذه الثلاثة بالمبيع فهو من البائع وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشتري على الأصل . وعهدة الثلاثة عند المالكية بالجملة بمنزلة أيام الخيار وأيام الاستبراء ، والنفقة فيها والضمان من البائع . وأما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشتري ، إلا من الأدواء الثلاثة . وهذه العهدة عند مالك في الرقيق ، وهي أيضاً واقعة في أصناف البعير في كل ما قصد به الماكسة والمماكرة وكان يمساً لا في السنة . وهذا ما لا خلاف فيه في الملح » ( مصادر الحق في الفقه الإسلامي المؤلف ٤ ص ٢٧٣ هامش ٥ ) .

(٢) فانطلقت - عند التفتينين المصري والفرنسي - إلى التفتين الإيطالي . القديم ( م ١٥٠١ وما بعدها ) ، وإلى التفتين الألباني ( م ١٤٨٦ وما بعدها ) ، وإلى تفتين الالتزامات السويسري ( م ١٩٧ وما بعدها ) ، وإلى التفتين الألماني ( م ٢٥٩ وما بعدها ) .

(٣) بيدان ١١ فقرة ٢٤٧ - بلانويول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٢٥ - كولانزكريتبان ٢ فقرة ٩٢٠ وفترة ٨٩٣ ص ٥٩٨ .

مفيدة تمكن من انتقلت إليه من الانتفاع بالشئ فيما أعد له ، ومن ثم يجب أن  
يضمن الميوب الخفية التي تعوق هذا الانتفاع .

ولكن لما كان عقد البيع هو العقد الرئيسي الذي يلتزم فيه البائع بنقل  
الملكية والحيازة ، فقد وضعت فيه القواعد العامة لضمان الميوب الخفية ، وأشير  
إلى هذه القواعد في العقود الأخرى مع ما تقتضيه طبيعة كل عقد من تعديلات  
خاصة به ، لا سيما في عقود التبرع حيث نقل الملكية أو الانتفاع دون عوض  
يكون من شأنه التخفيف إلى حد كبير من أحكام ضمان الميوب الخفية .

ففي عقد المقايضة نص بوجه عام على أن تسرى على المقايضة أحكام البيع  
بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة (م ٤٨٥ مدني) . وفي عقد الشركة نص  
على أنه إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني  
آخر ، فإن أحكام البيع هي التي تسرى في ضمان الحصة إذا ظهر فيها عيب  
أو نقص ، أما إذا كانت الحصة مجرد الانتفاع بالمال فإن أحكام الإيجار هي  
التي تسرى (م ٥١١ مدني) . وفي عقد القرض نص على ضمان العيب الخفي ،  
فبين القرض بأجر والقرض بغير أجر ، وعدلت الأحكام بما تقتضيه طبيعة  
كل نوع من هذين النوعين (م ٥٤١ مدني) . وفي عقد الإيجار تناولت  
التصوص الميوب الخفية على النحو الذي اتبع في عقد البيع ، مع إدخال  
مما تقتضيه طبيعة عقد الإيجار من تعديلات على أحكام الضمان (م ٥٧٦ - ٥٧٨  
مدني) . وكذلك الأمر في عقد المفاولة (١) (م ٥٥١ - ٦٥٤ مدني) ، وفي عقد  
المبة وهو عقد التبرع الرئيسي فانحصر ضمان الميوب الخفية في نطاق محدود  
اقتضته صفة التبرع (م ٤٩٥ مدني) ، وفي عقد المارية (٢) (م ٦٣٨/٢ مدني) .

---

(١) أنظر في أن أحكام الميوب الخفي الخاصة بالبيع لا تسرى في عقد الاصطناع إلا إذا اضطل  
البيع بهذا العقد : نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة الأحكام المنقش ٢ رقم ٢٩  
ص ١٥٢ .

(٢) أنظر تعليقاً لبلانول في دالوز ١٩١٢ - ١ - ١١٢ ، حيث يشتد حكيم صادقين  
من محكمة النقض الفرنسية في ١٨ أكتوبر سنة ١٩١١ رفضاً تطبيق أحكام ضمان الميوب الخفي  
الواردة في عقد البيع في حالة ظهور عيوب في أبواب المبنى تعهد بائنه مقابلون ومهندسون  
مهاورون بدعى أن العقد عقد مقاولاة فلا تسرى عليه أحكام عقد البيع في الميوب الخفية .

٣٦٢ - المسائل التي يتناولها البحث : ونجربى فى بحث ضمان العيوب الخفية كما جرينا فى بحث ضمان التعرض والاستحقاق ، فننظر متى يقوم الضمان ، وما يترتب على قيامه ، والاتفاق على تعديل أحكامه ، ونضيف إلى ذلك تمييز ضمان العيوب الخفية عما يقاربه من النظم القانونية الأخرى .

### ١٥ - متى يقوم ضمان العيوب الخفية

٣٦٣ - مسائل أربع : ونجربى هنا أيضاً على النحو الذى جرينا عليه فى ضمان التعرض والاستحقاق ، فنبحث : ( أ ) العيوب الموجبة للضمان . ( ب ) المدين فى الضمان . ( ج ) الدائن فى الضمان . ( د ) البيع الذى ينشأ الضمان .

٣٦٤ - ١ - العيوب الموجبة للضمان - النصوىس القانونية :  
تنص المادة ٤٤٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

١ - يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشتري وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبيع فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذى أعد له ، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده .

٢ - ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التى كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه .

---

= وينعبد بلانيول فى هذا التعليق إلى وجوب سريان هذه الأحكام لافى عقد البيع فحسب ، بل أيضاً فى كل العقود الأخرى إذا كانت عقود ممارسة نافذة للملكية ( بلانيول وريبير ومامل ١٠ ص ١٤٠ عامش ١ ) .

وتنص المادة ٤٤٨ على ما يأتي :

« لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه (١) . »

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٣٨٧/٣١٣ و ٣٢٠ و ٣٩٥ و ٣٩٧/٣٢٢ - ٣٩٨ (٢) .

#### (١) تاريخ النصوص :

م ٤٤٧ : ورد هذا النص في الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٥٩٣ وفي المادة ٥٩٤ من المشروع التمهيدى حل الوجه الآتي : م ٥٩٣ : ١ - يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع ، وقت التسليم ، الصفات التي قرر البائع أنها موجودة فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه ، حسب ما قصد إليه المشتري ، كما هو مبين في العقد ، أو كما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو من الفرض الذي أمد له هذا الشيء . ٢ - ويضمن البائع هذا العيب حتى لو لم يكن مالاً موجوداً . م ٥٩٤ : ١ - ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو التي عرفها عند التفرز إذا كان المبيع من المثليات . ٢ - وكذلك لا يضمن البائع عيباً كان المشتري يستطيع أن يكتشفه بنفسه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له غلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تصد إعفاء العيب عن غش منه . وفي لجنة المراجعة أدمجت للمادتان في مادة واحدة لأن الثانية تكلة ضرورية لأولى ، وأجريت بعض تعديلات لفظية ، وصارت المادة رقها ٤٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب بعد تعديل لفظي . ووافقت عليها لجنة مجلس الشيوخ بعد تعديل لفظي آخر وبعد أن استبدل بمباردة « بما ينبغي من العناية » الواردة في الفقرة الثانية بمباردة « بناية الرجل العادي » أخذاً بالمعيار العام في العناية ، فصار النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد وأصبح وله ٤٤٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنة ( مجموعة الأعمال التصحيحية : ص ١٠٩ و ص ١١١ - ص ١١٣ ) .

م ٤٤٨ : ورد هذا النص في المادة ٥٩٣ الفقرة الثالثة من المشروع التمهيدى حل وجه يطالب ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ولتروح في لجنة المراجعة فصل هذه الفقرة الثالثة من المادة ٥٩٣ لأنها تقرر حكماً مستقلاً ، فوافقت اللجنة على ذلك ، وأصبح رقم النص المستقل المادة ٤٦١ في المشروع النهائي ، ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٨ ( مجموعة الأعمال التصحيحية : ص ١١٣ - ١١٤ ) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٨٧/٣١٣ : البائع ضامن للمشتري العيوب الخفية في المبيع إذا كانت تنقص القيمة التي اعتبرها المشتري ، أو تجعل للمبيع غير صالح لاستعماله فيما أمد له . م ٣٩٥/٣٢٠ : لا وجه لضمان البائع إذا كان العيب ظاهراً أو لم يبه المشتري علناً حقيقياً . م ٣٩٧/٣٢٢ - ٣٩٨ : لا يكون العيب موجباً لضمان إلا إذا كان قديماً ، والمراد بالعيب القديم العيب الموجود وقت البيع في المبيع إذا كان عيباً معيّن ، أو العيب الموجود في المبيع وقت تسليمه إذا لم يكن عيباً معيّن .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري  
المادتين ٤١٥ - ٤١٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٣٦ - ٤٣٧ -  
وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٥٨ - ٥٥٩ - وفي تقنين الموجبات والمقود  
اللبثاني المواد ٤٤٢ - ٤٤٥ و ٤٦٠ (١) .

== ( ولا فرق في الأحكام ما بين التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا بعضاً من الفروق أهمها  
ما بينته المفكرة الإيضاحية المشرع التمهيدى على الوجه الآتي : (١) اتخذ التقنين الجديد معياراً  
مادياً في تحديد ما إذا كان العيب مؤثراً ، أما التقنين المدني السابق فالمعيار فيه تارة مادی ( عدم  
صلاحية المبيع لما أعد له ) وطوراً ذاتي ( نقص القيمة التي اعتبرها المشتري ) . (٢) ينقص التقنين  
السابق أن يحدد معنى خفاء العيب تحديداً كافياً ، أما التقنين الجديد فقد بين ذلك في وضوح .  
(٣) زاد التقنين الجديد بعض التفاصيل الهامة ، فذكر أنه يكفي لاعتبار العيب مؤثراً أن يتلو  
المبيع من صفة قرر البائع أنها موجودة فيه ، ونص على أن العيب لا يكون مؤثراً إذا كان قد  
جرى العرف على التسامح فيه ، وقرر أن تأكيد البائع بأن المبيع خال من العيب أو تعمله إخفاءه  
يجعله ضامناً للعيب حتى لو لم يكن خفياً مادام المشتري لا يعلمه : مجموعة الأعمال التحضيرية ٤  
ص ١١١ - يضاف إلى هذه الفروق الثلاثة فرق رابع هو أن التقنين السابق اعتدنى وجود العيب  
بروقت البيع في العين المعنية بالذات وبروقت التسليم في العين غير المعنية إلا بالنوع ، وهذا لا يصح  
إلا في قانون كالقانون الفرنسي يجعل تبعة تبعة المبيع قبل التسليم على المشتري لا على البائع ،  
أما حيث تكون تبعة التبعية قبل التسليم على البائع كما في القانون المصري فالواجب ضمان البائع  
لعيب متى وجد قبل التسليم ولو في العين المعنية بالذات ، وهذا مانص عليه صراحة التقنين الجديد ) .  
(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤١٥ - ٤١٦ (مطابقتان  
للمادتين ٤٤٧ - ٤٤٨ مصري - وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا  
فقرة ١٩٦ - فقرة ٢٠٤) .

التقنين المدني الليبي م ٤٣٦ - ٤٣٧ (مطابقتان للمادتين ٤٤٧ - ٤٤٨ مصري) .  
التقنين المدني العراقي م ٥٥٨ : ١ - إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ، كان المشتري مخيراً  
إن شاء رده وإن شاء قبله بشرط المسمى . ٢ - والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عنه التجار  
وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الثالب في أمثال المبيع منه . ويكون  
قديماً إذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده ودون يد البائع قبل التسليم .  
م ٥٥٩ : لا يضمن البائع شيئاً قديماً كان المشتري يعرفه ، أو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه  
لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ، إلا إذا أثبت أن البائع قد أكد له خلل المبيع من هذا  
العيب أو أغف عن العيب غشاً منه .

( وشروط العيب الموجب الضمان واحدة في التقنينين المصري والعراقي - أنظر في القانون المدني  
العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٤٤ - فقرة ٣٥١ - الأستاذ عباس حسن المبراف  
فقرة ٤٧٢ - فقرة ٥٠٢ ) .



ويخلص من هذه النصوص أن العيب في المبيع حتى يوجب الضمان يجب أن تتوافر فيه شروط أربعة : (١) أن يكون مؤثراً (٢) وأن يكون قديماً (٣) وأن يكون خفياً (٤) وأن يكون غير معلوم للمشتري (١) .

٣٣٥ - (١) يجب أنه يكونه العيب مؤثراً - والعيب المؤثر الموجب للضمان هو العيب الذي يقع في مادة للشيء المبيع ، فعبار العيب هنا موضوعي محض (٢) . وزداد موضوعية المعيار وضوحاً بالرجوع إلى الضوابط التي وضعها الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدني ، فإن النص يشترط كما رأينا أن يكون بالمبيع عيب ، ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو

== تقنين الموجبات والمقود البتاني م ٤٤٧ : يضمن البائع عيوب المبيع التي تنقص قيمته نقصاً محسوساً أو يجعله غير صالح للاستعمال فيما أمده بحسب ما عيبه أو يقتضي عقد البيع . أما العيوبه التي لا تنقص من قيمة المبيع أو من الانتفاع به إلا نقصاً خفياً ، والعيوب التي عرفت بها عرفاً فلا تستوجب الضمان . ويضمن البائع وجود الصفات التي ذكرها هو ، أو اشترط التاجر وجودها م ٤٤٣ : أما إذا كان المبيع أشياء لا تعرف حقيقة حالها إلا بإحداث تغيير فيها كالأثاث ذات الغلاف اليابس ، فالبائع لا يضمن عيوبها الخفية إلا إذا ضمنها صراحة أو كان العرف المحل يرجع عليه هذا الضمان .

م ٤٤٤ : إذا انعقد البيع بحسب نموذج ، فالبائع يضمن وجود صفات النموذج في البضاعة المبيعة . وإذا هلك أو ناله عيب ، قبل المشتري أن يثبت عدم انطباق البضاعة عليه .

م ٤٤٥ : لا يضمن البائع إلا العيوب الموجودة وقت البيع إذا كان المبيع حين بيعه معيبة بملامتها أو وقت التسليم إذا كان المبيع مثلياً وقد بيع بالوزن أو بالقياس أو بحسب الوصف .

م ٤٦٠ : لا يكون البائع مسئولاً عن العيوب الظاهرة ولا عن العيوب التي سبق للمشتري أن يعرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها . وإنما يكون مسئولاً حتى عن العيوب التي كان من السهل على المشتري أن يعرفها إذا صرح البائع بملو المبيع منها .

( وشروط العيب الموجب للضمان واحدة في التقنينين المصري والبتاني ) .

(١) استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٤ الخاتمة ٤ رقم ٧٠٠ ص ١٢١ - المشتري هو الذي يقع عليه عبء إثبات توافر هذه الشروط ، وهي كلها وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ويسهل في ذلك البينة والقرائن ، وبخاصة أولى الإجراءات التقنينية ( لوران ٢٤٤ فقرة ٢٨٦ ص ٣٠٠ أوبري وروه فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٢ - بلاتول ورييرو حامل ١٠ فقرة ١٢٨ ص ١٤٢ - أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ vice Réd. فقرة ٩٠ - فقرة ٩٧ - الأستاذ عد المنتم البدرولي فقرة ٢٤١ ) .

(٢) جورمان ٢ فقرة ١١١٩ .

مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له (١) . فالعيب إذن قد يكون من شأنه أن ينقص من قيمة الشيء المادية ، أو من نفعه المادى ، وقيمة الشيء ونفعه أمران متميزان . فقد ينقص العيب من قيمة الشيء دون أن ينقص من نفعه ، كما إذا كان المبيع سيارة صالحة لجميع الأغراض المقصودة ولكن بها عيب خفى في المقاعد أو في الغطاء أو في غير ذلك من أجزائها مما لا يؤثر مطلقاً في صلاحيتها للسير والوفاء بجميع الأغراض المقصودة منها ، فإذا كان هذا العيب مؤثراً بحيث ينقص من قيمة السيارة نقصاً محسوساً كان للمشتري الرجوع على البائع بضمان العيب الخفى . وقد ينقص العيب من نفع الشيء دون أن ينقص من قيمته ، كما إذا كان المبيع آلة ميكانيكية فيها عيب خفى يجعلها غير صالحة لبعض المنافع ولكنها بالرغم من وجود هذا العيب فيها لا تزال محتفظة بقيمتها المادية ولو كان هذا العيب معروفاً لما قلل من هذه القيمة . فإذا كانت المنفعة التي تفوت المشتري بهذا العيب من المنافع المقصودة (٢) ، كان له أن يرجع بضمان العيب الخفى . وتحديد المنافع المقصودة من المبيع معياره أيضاً موضوعى محض ، ويستفاد من أمور ثلاثة بينها الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدنى : ما هو مبين في العقد ، أو ما هو ظاهر من طبيعة الشيء ، أو الغرض الذي أعد له .

فقد يحاط المشتري ويبين في عقد البيع الأغراض المقصودة من المبيع ، فيجب عندئذ أن تعتبر هذه الأغراض جميعاً منافع مقصودة من المبيع ، فإذا كان بالمبيع عيب خفى يحل بأية منفعة منها إخلالاً محسوساً كان للمشتري الرجوع على البائع بضمان العيب الخفى . وليس من الضروري أن تكون المنافع المذكورة في العقد هي المنافع المألوفة ، فقد يشترط المشتري على البائع منافع أخرى قصد

---

(١) وتقول اللاكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد : « ويرجع في تقدير ذلك إلى معيار مادى فينظر إلى قصد المتعاقدين كما هو مبين في العقد - أى الإرادة الظاهرة - وإلى طبيعة الشيء ، وإلى الدرس الذى أعد له - فيعتبر أن هناك عيباً مؤثراً إذا خلا المبيع من صفة قرر البائع أنها موجودة فيه » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١١٠ ) .

(٢) وقد تكون المنافع كالية ولكنها تكون مع ذلك مقصودة ( أنسيكلويدى دالوز ) لفظ Vice Rdd. فقرة ١٨ - وقارن أوبرى ورو . فقرة ٢٠٠ مذكورة ص ٨٢ - بلانيول وريبير وبرلانجي ٢ فقرة ٢٤٧٨ ) .

إليها فكفلها له البائع في عقد البيع ، كما إذا اشترى المشتري أن تكون السيارة المبيعة يسير عليها السير في الطرق غير الممهدة أو أنها تصل إلى سرعة أعلى من السرعة المألوفة أو أنها لا تستهلك من الوقود إلا قدرأ معيناً ، فإذا لم يتوافر في البيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه ، كان هذا عيباً مؤثراً موجباً للضمان ، ولو لم يكن خلل المبيع من هذه الصفات هو في ذاته عيب بحسب المألوف في التعامل بين الناس ، مادام البائع قد كفل للمشتري هذه الصفات (١) . وهذا ما يدهي في الفقه الإسلامي بخلاف الوصف المرغوب فيه ، وقد نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدني حين قالت : « إذا لم يتوافر في البيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه » . وليس من الضروري أن تكون الصفات التي كفلها البائع للمشتري المذكورة صراحة في عقد البيع ، بل يكفي ذكرها ضمناً ، فالبيع بالعينة (échantillon) أو البيع طبقاً لنموذج (type) مفروض فيه أن يكون للمبيع مطابقاً للعينة أو للنموذج ، فإذا اختلفت المطابقة كان هذا عيباً مؤثراً موجباً للضمان ، ويرجع وجود العيب في هذه الحالة إلى اختلال الصفات التي كفلها البائع للمشتري ضمناً بالبيع طبقاً لعينة أو لنموذج (٢) .

(١) أنظر مع ذلك في التمييز بين العيب بمعنى الآفة العارضة على المبيع وبين تخلف شرط كفالة البائع ، وفي أن تخلف الشرط حالة مستقلة لا تعدو أن تكون إخلالاً بشرط في العقد ولكن المشرع أجرى عليها أحكام العيب الأستاذ منصور مصطلح منصور ص ٢١٥ - ص ٢١٩ .

(٢) كولاون وكايتان ٢ فقرة ٩٢٣ - وقارن استئناف مخطوط ١٣ ماي سنة ١٩١٤ م ٢٦

ص ٣٨٥ .

ونرى من ذلك أن العبرة في العيب المؤثر بالفرض الذي أمده المبيع ، ويستفاد هذا الفرض من اتفاق المتعاقدين . وليس المقصود أن يمتد ، في تقدير العيب المؤثر ، بالصفات الجوهرية التي دخلت في اعتبار المتعاقدين كما هي الحال في النقط ، فهذا معيار ذاتي ويمتشي مع فكرة النقط . فلو أن الصفة الجوهرية التي كانت محل اعتبار أحد المتعاقدين لم تكن محل اعتبار المتعاقدين الآخر ، بل كان هذا يعلم بالنقط الذي وقع فيه المتعاقدين الأول ، فلا تزال هذه الصفة الجوهرية - وهي أمر نفسي - محتسباً في النقط ويكون العقد قابلاً للإبطال . أما في العيب المؤثر بالفرض الذي يستفاد من العقد يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتعاقدين ولا يمكن أن يكون هو غرض المشتري وحده ولو علمه البائع ولكن لم يتفق معه عليه ، فالعيار هنا موضوعي لا ذاتي ( قارن الأستاذ جيل الشرفاوي ص ٢٧٥ هامش ١ ) .

فاذا لم يذكر المتبايعان شيئاً - لا صراحة ولا ضمناً - عن المنافع المقصودة من المبيع ، وجب لتحديد هذه المنافع الرجوع إلى طبيعة الشيء . فاذا كان المبيع دار للسكنى ، أملت طبيعتها الأغراض المقصودة منها ، فاذا كان بها عيب يخل بشئ من هذه الأغراض لإخلالاً محسوساً رجع المشتري على البائع بالضمان . وإذا كان المبيع أرضاً زراعية ، فإن طبيعتها تحدد المنافع المقصودة منها ، فلا يشترط أن تكون صالحة إلا للمحصولات العادية ، فاذا وجد بها عيب يخل بهذه المنافع وجب على البائع الضمان . وإذا كان المبيع متجرراً ، قطيعته أيضاً تحدد المنافع المقصودة منه ، ولا يكون المتجر صالحاً للغرض الذى أنشئ من أجله إلا إذا كان مستقراً فى مكانه ، فاذا تبين أن إيجار المكان الذى أقيم فيه المتجر مشوب بهيب وطلب المالك إبطاله ، كان هذا عيباً خفياً فى المتجر يوجب الضمان (١) . وإذا كان المبيع حقاً شخصياً مكفولاً برهن ، وكشف المشتري المحال له عن أن الرهن غير مفيد أو عن أن قيده لم يحدد ، كان هذا عيباً خفياً فى المبيع يتلأم مع طبيعته . فطبيعة الشيء إذن هى التى تحل المنافع المقصودة منه ، وهى التى تحدد العيوب التى تخل بهذه المنافع . فاذا كان المبيع شيئاً مادياً كانت العيوب مادية ترجع إلى طبيعة المبيع ، وإذا كان شيئاً معنوياً رجعت العيوب أيضاً إلى طبيعة المبيع وصارت شيئاً معنوياً (٢) .

---

(١) ولكن لا يعتبر عيباً مؤثراً ، فى بيع صيدلية ، أن يجد المشتري بعض الديون التى للصيدلية فى ذمة الغير مسددة دون أن تكون هذه الديون المسددة قد دخلت فعلاً فى الخزنة ، لا سيما إذا ثبت أن البائع ، وهو وارث صاحب الصيدلية ، لاعلم له بصورية هذا السداد وأنه عند حساب الثمن قد اقتطع نسبة معينة من إيراد الصيدلية فى نظير مصروفات التحصيل وانساق (استثنائات مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٨٢) .

(٢) فالبدور التى يتبين أنها لم تنتج تكون مثوبة بهيب خفى ، وقد يتبين ذلك من مضاهاة الأراضى الزراعية المجاورة التى أنتجت فيها بدور من نوع آخر وقد غرت فى جميع الأراضى على نمط واحد (بودرى وسينيا فقرة ٤٢٥ مكررة رابعا) . ويعتبر عيباً خفياً فى السندات أن يتبين أنها استهلكلت قبل شرائه ، أو أن الشركة التى أصدرتها باطلة أو صفقت (بودرى وسينيا فقرة ٤٢٦ مكررة ٤٣٩ مكررة ، وقارن الأستاذ عبد المنعم البدرارى فقرة ٥١٥) ، وفى المتجر أنه سحبت رخصة (الأستاذ محمد إمام ص ٣٨٠) أو سمته (الأستاذان أحمد نجيب الحلل وحامد زكى ص ٢٩٧ هامش ١) . وإذا كان المبيع بضاعة يشوبها عيب فى الصفة ، =

وقد يخصص من طبيعة الشيء الفرض الذى أعد له هذا الشيء ، فيرجع إلى هذا الفرض لتحديد المنافع المقصودة من المبيع والعيوب التى تحمل بهذه المنافع . فإذا كان المبيع فرساً حددت طبيعته كما سبق القول الأغراض المقصودة ، فإذا كان الفرس معداً للسباق واشترى المشتري على هذا الاعتبار ، فإن الفرض الذى أعد له الفرض يخصص للنافع المقصودة منه وهى أن يكون صالحاً للسباق . فإذا تبين أنه غير صالح له كان هذا عيباً خفياً موجباً للضمان ، ولو كان الفرس صالحاً لجميع الأغراض الأخرى . وإذا كان المبيع أرضاً زراعية أعدت لزراعة الفاكهة أو الزهور ، وجب الاعتداد ، لا بطبيعة المبيع فحسب ، بل أيضاً بالفرض الذى أعد له ، وهو هنا زراعة الفاكهة أو الزهور ، فإذا لم تكن الأرض صالحة لزراعة هذه الأصناف ، كان هذا عيباً ضمناً موجباً للضمان ، ولو كانت الأرض صالحة للمحصولات الأخرى .

وتقرر المادة ٤٤٨ مدنى ، كما رأينا ، أن البائع لا يضمن عيباً جرى العرف على التسامح فيه . فقد يكون العيب مؤثراً على النحو الذى سبق بيانه ، ولكن العرف فى التعامل جرى على عدم اعتباره عيباً ، فعند ذلك لا يكون عيباً موجباً للضمان . وقد جرى العرف على التسامح فى بعض عيوب القمح من ناحية اشتاله على كمية مألوفة من الأتربة (١) ، وفى بعض عيوب القطن إذ للقطن مرتبات متدرجة كل مرتبة منها يحددها العرف ففى استوفى القطن شروط المرتبة التى ينتمى إليها فوجود عيوب فيه لا تحمل بشروط هذه المرتبة يكون متسامحاً فيه عرفاً ولا يوجب الضمان (٢) .

== وجب الضمان ( استئناف مخطوط ١٠ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٧ ) . وإذا كان المبيع ورق سبائر لا يقبل الاحتراق بسهولة ، كان هذا عيباً خفياً موجباً للضمان ( استئناف مخطوط ١٣ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣ ) .

(١) ووجود بعض مواد غريبة فى حب السم لا يكون عيباً مؤثراً إذا كان مما يتسامح فيه عرفاً ( استئناف مخطوط ١٠ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١١٦ ) .

(٢) وقد أورد تقنين اللوجيات والقواعد البنائية مثلا لعيب الذى يحدد العرف متى يكون عيباً موجباً للضمان ومتى يكون متسامحاً فيه ، فنصت المادة ٤٤٣ من هذا التقنين على ما يأتى : « أبداً إذا كان المبيع أشياء لا تعرف حقيقة حالها إلا بإحداث تغيير فيها كالأمطار ذات الغلاف اليابس ، فالبايع لا يضمن عيوبها الخفية إلا إذا فسدت صراحة أو كان العرف المحل يوجب عليه == ( م ٤٦ - القريب ج ٤ )

٣٦٦ - (٢) يجب أنه بكماله العيب قديماً : ولا يكتفى العيب أن يكون مؤثراً ، بل يجب أيضاً أن يكون قديماً . والمقصود بقدم العيب أن يكون موجوداً في المبيع وقت أن يتسلمه المشتري من البائع . ذلك أن العيب إما أن يكون موجوداً وقت البيع وبقى إلى وقت التسليم ، فيكون إذن موجوداً وقت التسليم ، ويكون البائع مسئولاً عن ضمانه . وإما أن يكون العيب قد حدث بعد البيع وقبل التسليم وبقى إلى وقت التسليم ، فيكون أيضاً موجوداً وقت التسليم ، ويكون البائع مسئولاً عن ضمانه (١) .

وغنى عن البيان أن العيب الخفى يجب أن يكون موجوداً وقت التسليم حتى لو كان المبيع غير معين بالذات . ويرجع ذلك ، ليس فحسب لأن الوقت الذي يعتد به في وجود العيب الخفى هو وقت التسليم كما سبق القول ، بل أيضاً لأن الشيء غير المعين بالذات وقت البيع لا يتصور أن يكون العيب لاحقاً به في هذا الوقت ، وإنما يتصور لحوق العيب به وقت أن تتبين ذاتيته ، ولا يكون ذلك إلا بالإفراز الذي يقع عادة وقت التسليم . على أنه إذا تراخى التسليم عن الإفراز ولم يكن بالمبيع عيب خفى وقت إفرازه ، ثم لحقه العيب في الفترة ما بين الإفراز والتسليم ، فإن البائع يكون مسئولاً في هذه الحالة عن ضمان هذا العيب .

ويخلص مما تقدم أن العيب الخفى يجب أن يكون موجوداً دائماً وقت تسليم المبيع المشتري ، ولو لم يكن موجوداً وقت البيع (٢) . أما إذا حدث العيب

== هذا الضمان ( أنظر آنفاً لقرة ٣٦٤ في الماشي ) . فالبايع والشام والمزور والورث والبندي وغير ذلك يحدد العرف متى يكون العيب فيها متاعاً فيه ومتى يكون العيب عيباً قديماً .

(١) والفروض في هذه الحالة الأخيرة أن المبيع قد لحقه عيب خفى في الفترة ما بين البيع والتسليم ، وأن المشتري حين تسلّم المبيع لم يعلم بالعيب ، ومن ثم يكون العيب عيباً ولا يكون البائع مسئولاً عن ضمانه بهذا الاعتبار ( قارن الأستاذ منصور بمصطفى منصور ص ١٩٤ - ص ١٩٦ ) . أما إذا لحق المبيع بعد البيع وقبل التسليم عيب ظاهر ، فالبايع يضمنه كذلك ، ولكن ليس هذا ضمان العيوب الخفية التي نحن بصدد إذ عيب ظاهر وليس خفى ، وإنما هو تحمل نتيجة خلل المبيع أو تعيبه قبل التسليم ، وهي تبة يحصلها البائع كما سبق القول .

(٢) قارن مع ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي : ... أن يكون هذا العيب موجوداً وقت البيع ، وهذا ما يبرر مع عادة البائع القديم ( مجموعة الأعمال التشريعية ) ==

بالمبيع بعد أن تسلمه المشتري ، فإن البائع لا يكون ضامناً له ، ويحمل المشتري تبعته أو يرجع على من عسى أن يكون مسئولاً عن إخلاله .

وقد يوجد سبب العيب أو جرثومته قبل التسليم ، ولكن العيب ذاته لا يحدث إلا بعد التسليم . فإذا كان المبيع حيواناً مثلاً ، فقد توجد فيه جرثومة مرض أو ميكروب ، المرض قبل أن يتسلمه المشتري ، ثم يحدث المرض بعد أن يتسلمه . فإذا أمكن المشتري أن يثبت ذلك ، فإن العيب الذي يرجع سببه المباشر إلى ما قبل التسليم يعتبر في حكم الموجود وقت التسليم ، ومن ثم يضمنه البائع . وقد يوجد بالغلل أو بالخشب بده قسوس قبل التسليم ، ثم ينتشر القسوس بعد التسليم ، فهذا عيب قديم يضمنه البائع (١) .

٣٦٧ - (٣) يجب أنه يسكنه العيب خفياً : ولا يكن أن يكون العيب مؤثراً وقديماً ، بل يجب أن يكون خفياً (caché) ، فإذا كان العيب

---

(= ص ١١٠) . وقارن أيضاً المادة ٢٩٧/٣٢٢ - ٣٩٨ من النقتين المدل السابق ، وهي تنص على أن « المراد بالعيب تقديم العيب الموجود وقت البيع في المبيع إذا كانت شيئاً مبيته » ( انظر أيضاً فقرة ٣٦٤ في الحاشي ) .

(١) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٠ - الأستاذ محمد علي امام فقرة ٢٢٤ - الأستاذ محمد كامل حرسى ص ٣٣٨ - الأستاذ جميل للشرقاوى ص ٢٧٢ - ص ٢٧٣ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٢٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٩٨ .

وهذه المسألة في الفقه الاسلامي ، في ملعب القاضى ، تختلف فيها . جاء في المذهب : « وإن حدث العيب بعد القبض نظرت ، فإن لم يستند إلى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد ، لأنه دخل المبيع في ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث . وإن استند إلى ما قبل القبض ، بأن كان عيباً فسرقة أو قطع يداً قبل القبض فقطعت يده بعد القبض ، فله وجهان : أحدهما أنه يرد وهو قول أبي إسحق لأنه قطع بسبب كان قبل القبض . والثاني أنه لا يرد وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ، لأن القطع وجد في يد المشتري فلم يرد كما لو لم يستند إلى سبب قبله » ( المذهب ١ ص ٢٨٤ ) .

أما في فرنسا فالقضاء والقضاء متفقان على أنه يعتد بوقت وجود السبب المباشر للعيب وإن لم يحدث العيب إلا بعد ذلك ( نفس فرنسي ٨ مارس سنة ١٨٩٢ دالورز ٩٢ - ١ - ٢٠٤ - بودوى وسينيا فقرة ٤٢٢ ص ٤٣٠ - ص ٤٣١ - بلانويك وديبير وعامل ١٠ فقرة ١٢١ ) . وإذا كان سبب العيب موجوداً قبل التسليم ثم انتشر بعد التسليم ، وجب أن يكون انتشاره غير راجع إلى خطأ المشتري ، وإلا وزعت المسؤولية بين البائع والمشتري وفقاً لقواعد الحق المشترك ( م ٢١٦ م ) : انظر الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٦٩ - ص ٢٧٠ .

ظاهراً وقت أن تسلمه المشتري ولم يعترض بل رضى أن يتسلمه ، فإن البائع لا يضمنه ، لأن المشتري وقد رأى العيب ظاهراً دون أن يعترض . يكون قد ارتضاه وأسقط حقه في التمسك بالضمان .

وتكون العيوب خفية ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ مدني ، إذا أثبت المشتري أنه كان لا يستطيع أن يقينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، ما لم يكن البائع قد أكد له خلوه المبيع من هذا العيب ، أو تعمد إخفاء العيب غشاً منه .

ونرى من ذلك أن العيب لا يكون خفياً ، فلا يضمنه البائع ، في الحالتين الآتيتين :

(أولاً) إذا كان ظاهراً وقت أن تسلمه المشتري فرضى به ، فيكون قد نزل عن حقه كما سبق القول (١) .

(ثانياً) إذا لم يكن ظاهراً ، ولكن البائع أثبت أن المشتري كان يستطيع أن يبين العيب بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي (٢) ، فيكون من المفروض عندئذ أن المشتري قد فحصه فعلاً بهذه العناية المطلوبة فتبين وجوده ، وسكت ولم يعترض ، فيكون سكوته زولاً عن حقه . ولا يقبل من المشتري في هذه الحالة أن يثبت أنه لم يفحص المبيع فعلاً ولم يبين وجود العيب ، فإن كل المطلوب منه هو أن يفحص المبيع وقت تسلمه بعناية الرجل العادي ، فإذا لم يفعل كان مقصراً ، وهو الذي يحمل تبعه تقصيره . ومن ثم يكون إمكان تبين العيب عند فحص المبيع بعناية الرجل العادي قرينة على أن المشتري قد تبين فعلاً وجود العيب عند التسليم (٣) ، وهي قرينة غير قابلة لإثبات العكس إلا

---

(١) وكون المبيع ليس له مسلك الطريق العام يعتبر عيباً ظاهراً (استئناف مخطوط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٤) . وإذا كان تلف الأرض المبيعة آتياً بن غضان ظاهر ، فالعيب لا يكون خفياً (استئناف مخطوط ١٦ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٣٤) .  
(٢) استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٨٧ - استئناف مخطوط ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٨ .  
(٣) استئناف مخطوط ٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٢ ص ٢٧٨ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢١٦ .



بطريقتين معينتين سيأتى ذكرهما فيما يلى .

ويكون العيب خفياً ، فيضمنه البائع ، فى الحالتين الآتيتين :

(أولاً) إذا لم يكن العيب وقت ثلم المشتري للمبيع ظاهراً ولا يمكن للمشتري تبينه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى . وهذا معناه أن العيب من الخفاء بحيث لا يمكن أن يتبينه إلا خبير متخصص ، كما إذا اقتضى تبين العيب الالتجاء إلى وسائل فنية ليست فى مقدور الشخص العادى ، أو احتياج إلى معرفة متخصصة ، أو اقتضى تحليلاً كيمياً ، أو نحو ذلك (١) من الأبحاث التى لا بلجأ إليها الناس عادة فى المألوف من التعامل ، ولا يستطيعها على كل حال الرجل العادى (٢) . أما إذا أمكن تبين العيب بعناية الرجل العادى ، لم يكن عيباً خفياً موجباً للضمان (٣) . كما سبق القول ، حتى لو كان المشتري بالذات لم يستطع أن يبين العيب لنقص فى خبرته ينزل بها عن مستوى الخبرة العادية (٤) . فإنه يحمل فى هذه الحالة مسئولية تقصيره فى الالتجاء إلى من يسترشد برأيه من الرجال العاديين ، وكان ذلك واجباً عليه نظراً لنقص خبرته (٥) .

(١) كحفر الأساس لاختيار سانة البناء ( استئناف مخطط ٢١ يرويه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٥٦ ) .

(٢) كحبيب فى السيارة أو فى الآلات الميكانيكية التى لا يمكن كشفها إلا بعد استعمال التلوى مدة غير قصيرة ( بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠ ص ١٤٦ ) ، وكثيرة الأملح فى الأرض الزراعية أو ضعف قوة المروق الناتج من الفحم ( الأستاذ محمد عل امام ص ٢٧٩ ) ، وكشف احتياك الحديد ( الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٥٥ ) .

(٣) استئناف مخطط ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٥٧ - ٦ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٥ .

(٤) استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٧ و ١ ص ١ .

(٥) بودرى وسينيا فقرة ٤١٨ ص ٤٢٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٢ - الأستاذ محمد عل امام ص ٢٧٩ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٧١ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٩٧ هامش ٢ .

فلذا كان المبيع أرضاً زراعية ، لم يصح للمشتري أن يتسكك بعيوب فى الأرض يستطیع أن يتبينها الشخص الخبير خيرة مألوفة بالأراضي الزراعية ولم يتبينها هو لنقص خبرته . وإذا كان المبيع بناءً ، لم يصح أن يتسكك بعيوب فى البناء يستطیع أن يتبينها المهندس الممارس من طريق الفحص المتعاد للمألوف ( بودرى وسينيا فقرة ٤١٨ ص ٤٢٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠ ) =

(ثانياً) إذا كان المشتري ، بعد أن أثبت البائع أن العيب كان يستطاع تبيته بالفحص المعتاد ، أثبت من جهته أحد أمرين : إما أن يكون البائع قد أكد له خلو المبيع من العيب المعلن الذي وجد بعد ذلك بالمبيع ، وإما أن البائع قد تعمد إخفاء هذا العيب غشاً منه . ففي الأمر الأول ، وقد أكد البائع للمشتري خلو المبيع من العيب ، يكون هذا بمثابة اتفاق ضمنى بين المتبايعين على أن البائع يضمن هذا العيب بالذات للمشتري إذا ظهر بالمبيع . وعند ذلك لا يكلف المشتري نفسه مؤونة فحص المبيع ولو بعناية الرجل المعتاد ، مطمئناً الى تأكيد البائع ، ومعتمداً في كل حال على أن البائع قد ضمن له هذا العيب فلو ظهر في المبيع رجع عليه بالضمآن . ويبدو من ذلك أنه لا يمكن أن يؤكد البائع للمشتري خلو المبيع من العيوب يوجه عام ، بل يجب أن يؤكد خلو المبيع من عيب معين أو عيوب معينة بالذات . وفي الأمر الثاني ، وقد تعمد البائع إخفاء العيب غشاً منه ، يكون قد ارتكب خطأ يستغرق خطأ المشتري في عدم فحص المبيع بالعناية المعتادة ، ويعتبر العيب في هذا القرض خفياً ولو أنه كان يستطاع تبيته بالفحص المعتاد ، فيضمنه البائع (١) .

بقى بعد ذلك أن نفرض أن العيب كان ظاهراً ، أو كان غير ظاهر ولكن يمكن تبيته ، أو كان لا يستطاع أن يحسب لو أنه فحص المبيع فتبين أنه يحل بمنفعة من المنافع المقصودة من المبيع ، بل حسب أنه أمر غير ذي بال ، ثم ظهر

---

وقد قضت محكمة النقض بأن العيب يعتبر في حكم القانون ظاهراً متى كان يدركه النظر البسيط ولو لم يكن في متناول إدراك غيره . فليس معيار الظهور في العيب معياراً شخصياً يتفاوت بتفاوت المستوى في الأنظار المختلفة ، بل معياراً تعيناً بذاته مقدراً بمستوى نظر الشخص العاقل المتنبه للأشياء . فإذا ما أثبت الحكم أن عدم إثبات البور التي هي محل الدعوى إنما يرجع إلى تسوس بعضها ، وأثبت أن المشتري ، وهو عمدة ومن كبار المزارعين ، لا يصعب عليه كشف تسوس هذه البلور عند ورودها إليه ، ثم خلاص من ذلك إلى القول بأن العيب كان ظاهراً ، وأسس على ذلك قضاءه برفض دعوى المشتري ، فإنه لا يكون قد خالف القانون (نقض مدني ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة ص ٥ رقم ٢٣٩ ص ٥٠٠ - أنظر أيضاً استئناف مخطط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٩٠ م ٣ ص ٧٠ - ٢٠ مايو سنة ١٩٩٧ م ٩ ص ٢٥٤) .

(١) مثل ذلك وضع نوع خاص من البنزين في السيارة عند تجربتها بقصد إخفاء عيب في محركها ، أو بيع آلة مكسورة بعد لحها ودعائها بطلا ، يخفى عيبها (الأستاذ محمد علي إمام ص ٢٨٠) .

بعد ذلك أنه عيب مؤثر يحل بمغفرة من المتافع المقصودة ويجعل المبيع غير صالح صلاحية كاملة للغرض الذى اشتراه من أجله . فهل يكون علم المشتري بالعيب على هذا النحو ، أو استطاعته العلم به ، مسقطاً للضمان ؟ يبدو أنه لا يكتفى بظهور العيب أو إمكان ظهوره بالفحص المعتاد حتى يفترض أن المشتري قد رضى به مادام لم يعترض ، بل يجب فوق ذلك أن يكون المشتري وقت أن سكت عن العيب كان يعتقد أنه عيب مؤثر يحل بالمنافع المقصودة من المبيع . ولكن المشتري هو الذى يحمل عبء الإثبات ، فإذا سكت عن العيب افتراض رضاؤه به ، إلا إذا أثبت أنه كان يعتقد أن العيب غير مؤثر وأثبت في الوقت ذاته أن الشخص العادى لا يستطيع أن يدرك أن العيب مؤثر بل يقتضى إدراك ذلك معرفة فنية متخصصة (١) .

٣٦٨ - (٤) يجب أنه يكونه العيب غير معلوم للمشتري : وحتى لو كان العيب خفياً على النحو الذى يبناه ، فإنه لا يكون عيباً موجباً للضمان إذا ثبت أن المشتري كان يعلمه بالفعل وقت تسلم المبيع بالرغم من خفائه . فان علم المشتري بالعيب وسكوته عليه بعد رضائه منه به ، ونزولاً عن حقه في الرجوع بالضمان . وهذا ما ينص عليه صراحة صدر الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ مدنى فيما رأينا : « ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التى كان المشتري يعرفها وقت البيع » .

وما دام العيب خفياً ، فالمفروض أن المشتري لا يعلم به ، فإذا أراد البائع التخلص من الضمان . فعليه هو عبء إثبات أن المشتري كان يعلم به وقت التسليم (٢) . والعلم واقعة مادية يستطيع البائع أن يثبتها بجميع طرق الإثبات ، ويدخل في ذلك البيئة والقرائن (٣) .

(١) بلاتويل وروبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠ ص ١٤٦ - ص ١٤٧ .

(٢) بلاتويل وروبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠ .

(٣) إذا كان العيب من الذبوع والانتشار بحيث يكون من المقول أن المشتري يتوقع أنه يلحق المبيع ، فالمفروض أن المشتري يعلم بمثل هذا العيب ، ويكون عليه هو عبء إثبات أنه كان يجهله . ونحن إذن في هذه الحالة أن يشترط المشتري على البائع ضمان مثل هذا العيب =

وقد يكون العيب موجوداً وقت البيع والمشتري لا يعلم به ، ولكنه إذا علم به وقت التسليم ولم يعترض ، سقط ضمان البائع . فالعيب الموجود في المبيع وقت البيع يجب إذن ، حتى يضمنه البائع ، أن يكون المشتري لا يعلمه لا وقت البيع ولا وقت التسليم ، فإذا أثبت البائع أن المشتري كان يعلمه في أى وقت من هذين الوقتين لم يكن ضماناً . أما العيب الذى حدث ما بين البيع والتسليم ، فيجب أن يثبت البائع حتى يسقط عنه الضمان أن المشتري كان عالماً به وقت التسليم ، فإذا لم يثبت ذلك افترض أن المشتري كان وقت أن تعلم المبيع غير عالم به ووجب الضمان (١) .

== إذ أراد أن يتخلص من عبء الإثبات . ويفرض في الأشياء المستعملة إذا بيعت أنها لا تخلو من العيوب المألوفة في الأشياء القديمة ، فإذا ادعى المشتري أنه لم يكن يعلم بعيب من هذه العيوب المألوفة فليدفع هو عبء إثبات ذلك ، إلا إذا اشترط على البائع ضمانها بالذات . عل أن هذا مقصور على العيوب المألوفة في الأشياء القديمة ، أما ما كان من العيوب غير مألوف فعبء الإثبات فيه يقع على البائع لا على المشتري ( بودرى وسينيلا فقرة ٤٢٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٢ ) .

ويقرب على ما تقدم أن المشتري مفروض فيه أن يعلم أن مستأجر الدار له الحق في طلب إنقاص الأجرة إلى الحد القانوني الذى يسمح به قانون إيجار الأماكن ، فلا يستطيع أن يحتج بملك على البائع إلا إذا أثبت أنه كان يجهل أن الأجرة تزيد على الحد القانوني أو إذا حصل على ضمان البائع لهذه الأجرة ( بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٤٨ هامش رقم ١ ) .

(١) قارن الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ٢٠٢ هامش رقم ١ - والعلم الواجب إثباته يجب أن يكون علمياً يقينياً لا علم على سبيل الخدس . وقد قضت محكمة النقض في شأن العلم بالعيوب الخفية المسقط لدعوى الضمان في عهد التفتين المدنى السابق ، بأن العلم المراد للشارح في المادة ٣٢٤ مدنى ( ٥٢ مدنى جديد ) هو العلم الحقيقي دون العلم بالتشكيك . فإذا كانت محكمة الاستئناف قد رأت ما حصلت من فهم الواقع في الدعوى أن المشتري ما كان يعلم حقاً ، عند تحريره خطاباً للبائع يخبره فيه بما ظهر من العيب في البذور التى اشتراها ، أن هذه البذور محيية بذلك العيب القديم الخفى الذى يستلزم فسخ البيع ورد الثمن وإلزام البائع بما قد يلزمه قانوناً من التضييعات ، وأنه لم يعلم به إلا من تقرير خبير دعوى إثبات الحالة ، ثم قبلت المحكمة دعوى الضمان التى رفعها المشتري بمدة تقديم تقرير الخبير بثلاثة أيام ، ورفضت الدفع بسقوطها على اعتبار أن العلم بالعيب الذى يحم منه خطابيه الذى أرسله البائع لم يكن علمياً حقيقياً ، فإنها تكون قد أصابت في قبول الدعوى ورفض الدفع بسقوطها ( نقض مدنى ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة ص ١ رقم ٢٤٢ ص ١٦٥ ) . ورفضت استئناف مصر بأن مجرد التظن أو العلم غير القاطع لا يعتبر علمياً موجباً لسقوط الضمان ( استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ الحامدة ١٣ رقم ٣٧ ص ٩٤ ) .

ولما كان جهل المشتري للعيب وقت التسليم شرطاً للضمان ، فانه يطلب أن يكون المشتري، وقد جهل العيب اللاحق بالمبيع ، قد وقع في غلط جوهري ، فتتلاقى دعوى ضمان العيب مع دعوى الغلط ، ويكون للمشتري أن يختار بين الدعويتين . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى عند تمييز دعوى ضمان العيب عن دعوى الغلط .

وإذا كان علم المشتري بالعيب يؤثر في الضمان ، فيضمن البائع العيب إذا كان المشتري غير عالم به ولا يضمنه إذا جهله ، فان علم البائع بالعيب لا أثر له في مبدأ الضمان . فالبايع يضمن العيب ، سواء كان عالماً به أو غير عالم . وتنص العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٧٤ صراحة على هذا الحكم إذ تقول : « ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده » . ولكن علم البائع بالعيب أو جهله به يؤثر في الاتفاق على تعديل أحكام الضمان بالتشديد أو بالتخفيف أو بالإسقاط على النحو الذي سنفصله فيما يلي . وقد يؤثر أيضاً في مقدار التعويض الذي يستحقه المشتري بسبب العيب الخفي ، وفي إطالة مدة التقادم إلى خمس عشرة سنة إذا أقرون العلم بالغش .

### ٣٦٩ - (ب) - المدين في ضمان العيوب الخفية - فإلية الضمان

**مؤقتاً :** المدين في ضمان العيوب الخفية هو البائع . ولا ينتقل التزامه إلى وارثه ، بل يبقى هذا الالتزام ديناً في التركة . فإذا مات البائع ، رجع المشتري بضمان العيب الخفي ، لا على الورثة ، بل على التركة ذاتها ، فإذا ماتت من قبل التعويض المستحق ، أخذ الورثة ما بقي من التركة بعد سداد جميع الديون ومن بينها الدين الخاص بضمان العيب الخفي .

ولا يتصور انتقال ضمان العيوب الخفية إلى خلف البائع انحصاراً في العين المبيعة .

ويتحمل دائر البائع التزام البائع بضمان العيوب الخفية على الوجه المقر في القواعد العامة ، ذلك أن المشتري يصبح هو أيضاً دائراً للبائع بضمان العيوب الخفية ، فيشارك سائر دائري البائع مشاركة الغرماء .

ويكون كفيل البائع ملزماً بضمان العيوب الخفية ، ويجوز للمشتري أن يرجع عليه بهذا الضمان طبقاً للقواعد المقررة في الكفالة .

ودعوى ضمان العيوب الخفية ، وهي في صورتها تنتهى إلى تعريض كما سنرى ، قابلة للانقسام (١) . فإذا باع شخصان عيناً شائعة بينهما ، كان للمشتري أن يرجع بضمان العيب على البائعين كل بقدر نصيبه في المبيع ، ولا يجوز له أن يرجع على واحد منهما بالضمان كله ، لأن ضمان العيب ينقسم عليهما كما سبق القول . ويستثنى من ذلك بطبيعة الحال ما إذا كان البائعان قد تضامنا في التزامهما نحو المشتري ، فيرجع المشتري عندئذ على أى منهما بضمان العيوب طبقاً للقواعد المقررة في التضامن .

### ٣٧٠ - (ج) الدائى فى ضمانه العيوب الخفية - قابلية الضمان

**للمتقصاص :** الدائن في ضمان العيوب الخفية هو المشتري . وينتقل حقه إلى الوارث ، فلو مات المشتري جاز لورثته الرجوع بضمان العيب على البائع كما كان يرجع مورثهم ، وينقسم الضمان بينهم كل بقدر نصيبه في العين ، ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالبهم بالاتفاق على رد العين المبيعة ، فلا يرد عليه بعض الورثة جزءاً من العين حتى لا تنفرق عليه الصفقة (٢) .

وينتقل حق المشتري أيضاً إلى خلفه الخاص ، فلو أن المشتري باع العين المعيبة إلى مشتر ثان ، كان لهذا المشتري الثاني - وهو الخلف الخاص للمشتري الأول في العين - أن يرجع بدعوى سلفه المشتري الأول على البائع ، ذلك أن هذه الدعوى قد انتقلت مع المبيع من المشتري الأول إلى المشتري الثاني (٣) . ومن ثم يكون للمشتري الثاني ، لضمان العيوب الخفية ، دعاوى ثلاث : (١) دعواه الشخصية ضد المشتري الأول بضمان العيب الخفى ، وهي الدعوى التي استملعها من عقد البيع الثاني الذى أبرم بينه وبين المشتري الأول ، ومدة التقادم فيها

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٤٤٠ مكررة - أنسيكلويدى دالوز • لفظ Vice Réd. فقرة ٨٥ .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٤٤٠ مكررة - قارن أنسيكلويدى دالوز • لفظ Vice Réd. فقرة ٨٥ .

(٣) أبرى ورو • فقرة ٢٥٥ مكررة ص ٨٧ .

تسرى من وقت أن تسلم المبيع من المشتري الأول . (٢) الدعوى غير المباشرة التي يرفعها باسم المشتري الأول على البائع ، وبشرك معه فيها سائر دائني المشتري الأول ، وتسرى مدة التقادم من وقت أن تسلم المشتري الأول المبيع من البائع . (٣) الدعوى المباشرة وهي دعوى المشتري الأول نفسها ضد البائع بضمان العيب ، وقد نشأت من عقد البيع الأول الذي أبرم بين البائع والمشتري الأول ، وانتقلت بعقد البيع الثاني من المشتري الأول إلى المشتري الثاني ، وقد أشرنا إليها فيما تقدم . وهذه الدعوى تختلف عن الدعوى غير المباشرة في أنه لا يراحم فيها المشتري الثاني سائر دائني المشتري الأول ، وتنقضي معها في أن مدة التقادم تسرى من وقت أن تسلم المشتري الأول المبيع من البائع . وتمتاز الدعوى المباشرة هذه أيضاً بأنها تبقى ثابتة للمشتري الثاني حتى لو لم يكن له حق الرجوع بضمان العيب على المشتري الأول ، كأن كان هذا المشتري قد اشترط عدم الضمان . وبلا حظ أن المشتري الثاني إذا رفع دعواه الشخصية في الضمان على المشتري الأول - وهي الدعوى الأولى من هذه الدعاوى الثلاث - جاز للمشتري الأول أن يداخل البائع ضامناً في هذه الدعوى . والمفروض طبعاً في كل ما قلناه أن العيب قد حدث بالمبيع قبل أن يتسلم المشتري الأول المبيع من البائع ، حتى يكون البائع ضامناً هذا العيب لكل من المشتري الأول والمشتري الثاني (١) .

وبتفصيل دأن المشتري من ضمان البائع للعيب عن طريق الدعوى غير المباشرة ، فيجوز لهذا الدائن أن يرفع باسم المشتري دعوى ضمان العيب على البائع طبقاً للقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة .

٣٧١- (د) البيع الذي يقضى بضمانه العيوب الخفية : نفس قانوني :  
تنص المادة ٤٤٤ من القانون المدني على ما يأتي :

---

(١) بلانيرول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٨ - وكذلك المفروض أن العيب قد ظل خفياً على المشتري الثاني ، فلو أن المشتري الثاني قد كشفه قبل تسلم المبيع وسكت ، لم يكن له الرجوع بضمان العيب لا على المشتري الأول ولا على البائع ( يودوي وسيتا فقرة ٤٢٢ - الأستاذ محمد علي امام ص ٣٨٨ ) .

## • لآضمان للعب في البيوع القضائية ولآ في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد؛ (١) .

والسبب في ذلك ، كما تقول المذكرة الإيضاحية ، أن البيع بالمزاد ، سواء من جهة القضاء أو من جهة الإدارة ، قد أعلن عنه ، وأُنِحت الفرصة للمزايدين أن يفحصوا الشيء قبل الإقدام على المزايدة ، فيحسن بعد أن تأخذ كل هذه الإجراءات ألا يفسخ البيع لسبب كان يمكن توقيه ، فتعاد إجراءات طويلة بمصروفات جديدة يتحمل عبأها المدين (٢) . ومن ثم لا ضمان للعب في البيوع التي يتحكم إجراءاتها قضاء عن طريق المزاد ، كبيع أموال المدين تنفيذاً للديون التي في ذمته ، وبيع أموال القاصر والمهجور في المزاد . وكذلك لا ضمان للعب في البيوع التي تجريها الإدارة بالمزاد ، لاقتضاء الضرائب مثلاً . وقد رأينا أن ضمان التعرض والاستحقاق ، بخلاف ضمان اللعب ، يقوم في كل هذه البيوع .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٠٠ من المشروع المهيدي حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٦٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٥٤ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٨ - ص ١٢٩ ) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٠٥/٣٢٧ ، وكانت تجري على الوجه الآتي :  
« لا تسع دعوى الضمان بسبب العيوب الخفية فيما بيع بمعرفة المحكمة أو جهات الإدارة بطريق المزاد » . والمحكم متفق مع حكم التقنين الجديد .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٢ ( مطابقة لقاعدة ٥٤٤ مصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٠٧ ) .  
التقنين المدني الليبي م ٤٤٣ ( مطابقة لقاعدة ٥٥٤ مصري ) .

التقنين المدني العراقي م ٥٦٩ : لا تسع دعوى الضمان فيما بيع بمعرفة المحكمة أو الجهات الحكومية الأخرى بطريق المزايدة المالية . ( ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصري - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن القذوني فقرة ٢٥٥ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٣٤ - فقرة ٥٣٧ ) .

تقنين الموجبات والمقود البتاني م ٤٦٤ : لا وجه لإقامة دعوى الرد في البيوع التي تجريها السلطة القضائية ( ولم يذكر التقنين البتاني البيوع الإدارية بالمزاد ) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٩ .



أما البيوع الاختيارية، حتى لو أُجريت بطريق المزاكيع العين الشائعة بالمزاد لعدم إمكان قسمتها (licitation) ، فيقوم فيها ضمان العيب (١) .

وفيما عدا البيوع القضائية والبيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد ، يقوم ضمان العيب في أى بيع آخر ، يستوى في ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل ويستوى كذلك أن يكون محل البيع عقاراً (٢) أو منقولاً (٣) . شيئاً مادياً أو شيئاً غير مادي (٤) . كما يجوز للشفع - وقد حل محل المشتري - أن يرجع بضمن العيب على البائع . ويجوز أن يرجع بضمن العيب أيضاً المسترد لخدمة شائعة في منقول باعها شريك في الشروع لأجنبي ( م ٨٣٣ مدني ) (٥) .

## ٢٥ - ما يترتب على قيام ضمان العيوب الخفية

٣٧٢ - وهوى الغرامة وما يسفها من انطام - إذا وجد بالمبيع عيب ثوافت فيه الشروط المتقدمة الذكر ، وجب على المشتري المبادرة إلى إخطار البائع به ، ثم له بعد ذلك أن يرجع عليه بدعوى الضمان ويجب رفعها خلال مدة قصيرة ولا سقطت بالتقدم .

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٤٣١ - بلانيول وريير وهامل ١٠ فقرة ١٢٧ - بلانيول وبيير وبولاجيه ، فقرة ٢٤٧٩ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٢٤ - جوسران ٢ فقرة ١١٢٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٢ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٢٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٩٤ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٩٥ .

(٢) يقوم ضمان العيب في البناء ، وفي الأرض الفضا ، وفي الأرض لزراعية ، وفي غير ذلك من المقارات .

(٣) يقوم ضمان العيب في الأغذية ، والحيوانات ، ولحبوب والمحصولات المختلفة ، والمزروعات المتنوعة ، وفي غير ذلك من المنقولات .

(٤) يقوم ضمان العيب في التاجر ، والأسهم والسندات ، والحقوق الشخصية ، وفي غير ذلك من الأشياء غير المادية ( أنظر بودرى وسينيا فقرة ٣٣٠ - فقرة ٤٢٠ ) .

(٥) وقضت محكمة النقض بأن أحكام العيب الخفي في باب البيع لا تنطبق في عقد المتاعلة غير المختلط بالبيع ، وهو المنع الذي يقوم فيه رب العمل بتقديم جميع الأدوات اللازمة ( تنقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٩ ص ١٥٣ ) . أنظر في هذه المسألة تعليق بلانيول في دالفرز ١٩١٢ - ١ - ١١٣ على حكيم صاددين من محكمة النقض الفرنسية في ١٨ أكتوبر سنة ١٩١١ قضياً بنفس المبدأ ( اتفاقاً فقرة ٢٩١ في الماشي ) .

فتبحث إذن مسائل ثلاثاً : (١) إخطار البائع بالعيب (٢) دعوى الضمان (٣) سقوطها بالتقادم .

٣٧٣- إخطار البائع بالعيب - التصريح القانوني - تنص المادة ٤٤٩ من التقنين المدني على ما يأتي .

١- إذا تسلّم المشتري المبيع ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك ، وفقاً للمألوف في التعامل . فإذا كشف عيباً يضمنه البائع ، وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة ، فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيع .  
٢- أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري ، وجب عليه أن يخطره به البائع بمجرد ظهوره ، وإلا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٩٥ من المشروع التمهيدى، وكان هذا المشروع يتضمن فقرة ثالثة هذا نصها : « على أنه إذا تمتد البائع بتفصيل المشتري ، فلا يجوز له أن يجتزأ بأنه لم يخطر بالبيع في الوقت الملائم » . وقد لجنة المراجعة حذفّت هذه الفقرة الثالثة ، لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة ، واستبدل بمباراة « وجب عليه أن يبادر بإخطاره عنه » في الفقرة الأولى عبارة « وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة » ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد وصار رقم ٤٦٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٩ ( مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٥٥ - ص ١١٧ ) .  
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، وقد كان هذا التقنين يدلّ من الإخطار بميل مدة تقادم دعوى الضمان قصيرة جداً ، فقد كانت ثمانية أيام من وقت علم المشتري بالعيب .  
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :  
التقنين المدني السوري م ٤١٧ ( مطابقة المادة ٤٤٩ مصرى ) .  
التقنين المدني الليبي م ٤٣٨ ( مطابقة المادة ٤٤٩ مصرى ) .

التقنين المدني العراقي م ٥٦٠ ( مطابقة المادة ٤٤٩ مصرى - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن القنون فقرة ٢٥٦ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٣٢ - فقرة ٥٣٢ ) .  
تقنين الموجبات والالتزامات ٤٤٦ : إذا كان المبيع من منقولات غير الحيوانات ، وجب على المشتري أن يخطر في حالة المبيع على أثر استلامه ، وأن يخبر البائع بلا إبطاء في خلال السبعة الأيام التي تلي الاستلام عن كل عيب يجب على البائع ضمانه ، وإلا فالمبيع يندم مقبولاً ما لم تكن العيوب مما لا يعرف بضمح خاص أو تكن هناك موانع لا علاقة لها بمشقة المشتري حالت دون التبرر =

ويخلص من هذا النص أن المشتري تجب عليه المبادرة بانقضاء البائع بالعيب  
هنا كشفه . والسياسة التشريعية في ضمان العيب الخفي قائمة على عدم التراجع  
في اتخاذ الإجراءات اللازمة لإثبات العيب والمبادرة إلى رفع دعوى الضمان ،  
لأن الإبطاء في شيء من ذلك قد يجعل إثبات العيب عسيراً ، وقد تعدد معرفة  
مذنبه وهل كان موجوداً عند التسليم أو حدث بعده ، فيفتح باب المنازعات  
ويتسع المجال لادعاءات من جهة كل من المتبايعين ، وبخاصة من المشتري فقد  
يدعى بعد مدة طويلة أن المبيع عيباً ، كان موجوداً عند التسليم ويتدخل هذا  
الادعاء كنكتة للرجوع في الصفقة . فحتى يستمر التعامل وتنحصر أوجه النزاع ،  
أوجب المشرع على المشتري أن يبادر إلى إخطار البائع بالعيب بمجرد كشفه ، ثم  
جعل مدة التقادم في دعوى الضمان قصيرة ، فهي سنة واحدة من وقت تسلم  
المشتري للمبيع كما سنرى . وهذه الإجراءات السريعة والمدد القصيرة تتميز

---

== في حالة المبيع . وفي مثل هذا الموقف يجب إبلاغ مربي المبيع إلى البائع على أثر اكتشافها ،  
وإلا عد المبيع مضمولاً ، غير أنه لا يمتنع البائع السليمة أن يفتقر هذا الحكم الأخير .

م ٤٤٧ : يجب على المشتري بلا إبطاء أن يطلب بمرسنة مائة المبيع بواسطة غيره بعبء رئيس  
المسكة ذات الصلاحية . وإذا لم يجز المانية بمقتضى الأصول . فمل المشتري أن يثبت وجود العيب  
عند الاستلام . ولا تطلب المانية إذا كان البيع منقذاً بحسب نموذج لم يتم خلاف على ماهيته . وإذا  
كانت البضاعة واردة من بلد آخر لم يكن البائع وكيل في عمل استلامها ، وجب على المشتري أن  
يتخذ الحيلة للمحافظة على البضاعة مؤقتاً . وإذا عجز من تلف سريع ، كان من حق المشتري أن  
يطلب بيع تلك البضاعة بناء على ترخيص يطلب بمرسنة من رئيس محكمة المحل التي تكون فيه  
البضاعة بعد إجراء المانية المتقدم ذكرها . وإذا كانت مصلحة البائع تقتضي هذا البيع ، كان المرجح  
الحتم على المشتري أن يحرمه على هذا للتوال . ويلزمه أن يجزى البائع بلا إبطاء من كل ما تقدم ،  
وإلا كان فاسداً للعطل والفساد .

م ٤٤٨ : في الحالة المنصوص عليها في السادة السابقة تكون مصاريف إرجاع البضاعة  
على البائع .

( ولحققتين البتة فيما يخص بالقول غير الجيران يتفق مع الحقنين المصري في الأحكام التي  
وردت في الحقنين المصري ، ويزيد عليه أحكاماً أخرى يقصد بها إضفاء الدليل على العيب فضلاً  
لنزاع ، واتخاذ الإجراءات الضرورية للمحافظة على مصلحة البائع من نحو بيع البضاعة المانية إذا  
عجزت عليها الخلف أو اتضنت البيع مصلحة البائع . وكل هذه الأحكام يمكن اعتبارها تطبيقاً  
للقرار المانية ) .

دعوى ضمان العيب الخفى عن غيرها من الدعاوى التى تتلاقى معها كدعوى الإبطال للغلط ودعوى الفسخ لعدم التنفيذ .

على أنه إذا تسلم المشتري المبيع ، ولو كان به عيب ظاهر أو عيب فى حكم الظاهر مما يتمكن من تبيته بالفحص المعتاد ، لم يعتبر بمجرد التسلم قابلاً بالعيب . فقد أعطى مهلة ، له فيها ، بل يجب عليه فيها ، التحقق من حالة المبيع عن طريق الفحص المعتاد ، وهذه المهلة حددها المشرع بأنها المهلة المعتادة وفقاً للمألوف فى التعامل . فإذا اشترى شخص قميصاً من تاجر ، فالتألب أن يكون هذا القماش مطوياً ، فإذا كان فيه عيب ظاهر أو فى حكم الظاهر ، لم يعتبر المشتري راضياً به بمجرد تسلمه القماش المطوى ، وإنما يكون ذلك إذا ذهب بالقماش إلى منزله أو إلى متجره ، وفى خلال المدة المألوفة فى التعامل نشر القماش المطوى وفحصه فلم يجد به عيباً أو وجده عن طريق الفحص المعتاد ، فسكت ولم يخطر به البائع فى مدة معقولة ، هى أيضاً متروكة للمألوف فى التعامل . وإذا اشترى شخص سيارة ، فإنه لا يعتبر قابلاً بما فيها من عيب ظاهر أو فى حكم الظاهر بمجرد تسلمها ، بل لا بد من مدة معقولة تمضى وفقاً للمألوف فى التعامل يتمكن فيها المشتري من تجربة السيارة وكشف ما فيها من عيوب عن طريق الفحص المعتاد ، فإذا وجد فيها عيباً ولم يخطر به البائع فى مدة معقولة من وقت كشف العيب وفقاً للمألوف فى التعامل ، اعتبر راضياً بالعيب .

أما إذا كان العيب الذى بالمبيع عيباً خفياً لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ، فإن المشتري لا يعتبر راضياً به إلا إذا كشفه ، بطريق فحص فنى مألوف أو فحص فنى متخصص بحسب الأحوال على النحو الذى قدمناه عند الكلام فى خفاء العيب ، ولم يخطر به البائع بمجرد كشفه لإياه . وهنا أوجب المشرع على المشتري أن يخطر البائع بالعيب بمجرد ظهوره فيجب عليه أن يبادر إلى هذا الإخطار دون إبطاء ، لأن العيب لم يتكشف إلا بعد فحص فنى ، فالوقت الذى كشفه فيه وقت محدد يمكن معه التثبت من عدم وقوع إبطاء فى الإخطار .

ونرى من ذلك أن المشتري ، حتى يستطيع الرجوع بضمان العيب على البائع ، يجب عليه لإخطاره بهذا العيب عندما يكشفه على النحو الذى بيناه . ويجب أن

يكون الإخطار دون إعطاء أو في مدة معقولة يحددها المألوف في التعامل بحسب الأحوال ، وذلك من وقت تسلّم المبيع تسليماً فعلياً لاحقاً . ولا يشترط شكل خاص في هذا الإخطار ، فيصح أن يكون بانذار على يد محضر ، كما يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، بل يصح أن يكون شفويّاً ، ولكن على المشتري عبء إثبات حصول هذا الإخطار ، ويستطيع أن يثبتته بجميع الطرق ومنها البيئة والقرائن لأنه واقعة مادية .

فإذا لم يقع الإخطار في الوقت الملائم ، اعتبر المبيع غير معيب أو اعتبر المشتري راضياً بالعيب الذي وجده فيه (١) ، وسقط على البائع الالتزام بالضمان حتى لو لم تكن دعوى الضمان قد تقادمت بانقضاء سنة من وقت تسلّم المشتري للمبيع على النحو الذي سنبينه فيما يلي . فدعوى الضمان إذن تسقط إما بعدم إخطار المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم ولو قبل انقضاء سنة التقادم ، وإما بانقضاء سنة التقادم ولو وقع الإخطار بعد ذلك بل ولو لم يعلم المشتري بالعيب إلا بعد ذلك (٢) .

وكل ما يجب على المشتري هو إخطار البائع بالعيب على الوجه الذي

---

(١) على أن المشتري لا يعتبر راضياً بالعيب الذي وجده في المبيع عندما لا يتم الإخطار في الوقت الملائم إذا كان البائع سيئ النية، أي إذا كان يعلم بوجود العيب وأخفاه عمداً من المشتري خطأ منه، فإن الضمان يكون واجباً في هذه الحالة على البائع حتى لو اشترط عدم الضمان (م ٤٥٣ مدني) كما سترى . وقد كان المشروع التمهيد للتقنين المذكور الجديد يشتمل على نص في هذا المعنى يقتضي بأنه « إذا تعدد البائع تفصيل المشتري ، فلا يجوز له أن يمتنع بأنه لم يخبر بالعيب في الوقت الملائم » ، فحذف في لجنة المراجعة لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١١٦ - وانظر آنفاً نفس الفقرة في المالحش ) . وقد جاء في تقنين الموجبات والمفرد البائني نص في هذا المعنى هو الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤٦ من هذا التقنين إذ تقول : « وفي مثل هذا الموقف يجب إبلاغ عيوب المبيع إلى البائع على أثر اكتشافها ، وإلا عد المبيع مقبولا . غير أنه لا يحق للبائع السوء النية أن يتنصر بهذا الحكم الأخير » ( انظر آنفاً نفس الفقرة في المالحش ) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٢ -

بيناه. فلا يجب عليه طلب معاينة المبيع بواسطة خبير لإثبات العيب ، وإن كان من جقه أن يفعل ذلك حتى يعد الدليل على العيب إذ هو المكلف بانياته (١) .

### ٣٧٤ - دعوى ضمان العيوب الخفية - النصوص القانونية :

تنص المادة ٤٥٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤٤٤ » (٢) .

(١) ولم يبين النص ماذا يفعل المشتري لو أن السلعة المبيعة التي اشتراها لم يتمكن من ردها فوراً إل البائع وكانت بما يسرع إليها التلف ، وتقضى القواعد العامة في هذه الحالة بأن المشتري يتخذ الاحتياطات اللازمة للمحافظة على السلعة ، ويستصدر عند الانقضاء أمراً من القضاء ببيعها لحساب البائع إذا عشى عليها تلفاً سريعاً . وقد عرض تقنين الموجبات والمقود البهائي إلى هذه المسائل بمصوص خاصة ( م ٤٤٧ وم ٤٤٨ من هذا التقنين : أنظر أنفاً نفس الفقرة في الخامس ) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٩٦ من المشروع التمهدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٦٣ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٠ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٨٨ - ص ١١٩ ) .

ويقابل في التقنين المدني السابق النصوص الآتية : م ٣٨٧/٣١٣ : البائع ضامن للمشتري العيوب الخفية في المبيع إذا كانت تنقص القيمة التي اعتبرها المشتري أو تجعل المبيع غير صالح لاستعماله فيما أعده له .

م ٣٨٨/٣١٤ : في الحالة الأخيرة من المادة السابقة وفي حالة ما إذا كان نقص القيمة بمقدار لو علمه المشتري لامتنع عن الشراء ، يكون المشتري غيراً بين فسخ البيع بغير إضرار بمقوق الدائنين برهن وبين طلب نقصان الثمن ، مع التضمينات في الحالتين إذا ثبت علم البائع بالعيب الخلق . م ٣٨٩/٣١٥ : إذا كان البائع لا يعلم بالعيب الخلق الموجود في المبيع : فالمشتري له الخيار فقط بين فسخ البيع مع طلب رد الثمن والمصاريف التي ترتبت على البيع ، وبين إبقاء البيع بالثمن المحقق عليه .

م ٣٩٢/٣١٨ : إذا كان العيب الخلق الذي ترتب عليه نقصان قيمة المبيع لا يوجب الامتناع من الشراء لو اطلع عليه المشتري ، كان المشتري الحق في تنقيص الثمن حسب تقدير أهل الخبرة . م ٣٩٤/٣١٩ : وتنقيص الثمن يكون باعتبار قيمة المبيع الحقيقية في حالة سلامته من العيب وقيمه الحقيقية في الحالة التي هو عليها ، وبطبيق نسبة هاتين القيمتين على الثمن المشتق عليه . =

## والآن نفرض أن المشتري قد أخطر البائع بالعيب في الوقت الملائم على

== ( وتختلف هذه الأحكام أحكام التقنين الجديد كما هو واضح ، والعبارة برقت تمام البيع ، فإن تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فأحكام التقنين السابق هي التي تسرى ، وإلا فأحكام التقنين الجديد - وانظر في القانون المدق السابق الأستاذين أحمد نجيب الدلال وسامد زك فقرة ٤٠٦ - فقرة ٤٠٧ ) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية البرية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤١٨ ( مطابقة لقادة ٤٥٠ مصرى - وانظر في القانون المدني السوري

الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٠٥ - فقرة ٢٠٦ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٩ ( مطابقة لقادة ٤٥٠ مصرى ) .

التقنين المدني العراقي م ١/٥٥٨ : إذا ظهر للبائع عيب قديم ، كان المشتري خبيراً إن شاء رده

وإن شاء قبله بثمنه المسمى .

( والحكم يختلف من حكم التقنين المصري كما هو ظاهر . وقد تأثر التقنين العراقي باللفظ الخفي في هذه المسألة ، فهو لا يميز في خيار العيب إلا انقضاء أو استيفاء المبيع بكل الثمن . فإذا تضرر الفسخ بثمنه رد المبيع ، جاز للمشتري في هذه الحالة إنقاص الثمن . ويكون نقصان الثمن طبقاً لما قرره المادة ٥٦٦ عراقى متفقة في ذلك مع أحكام الفسخ الإسلامي إذ تقول : « بقدر نقصان الثمن بمعرفة أرباب التجارة ، بأن يقدم المبيع سالماً ثم يقوم بمبيءاً ، وما كان بين القيسيتين من التفاوت ينسب إلى الثمن المسمى ، ويمتنع تلك النسبة يرجع المشتري على البائع بالتقصان » - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٠٧ ) .

تقنين الموجبات والنفود اللبناني م ٤٤٩ : إذا وجد ما يوجب رد المبيع إما لوجود عيوب فيه

وإما لخلوه من بعض الصفات ، حق للمشتري أن يطلب فسخ البيع وإعادة الثمن . ويحق له علاوه على ما تقدم أن يأخذ بدل العطل والضرر في الأحوال الآتية : أولاً - عندما يكون البائع عالماً بمعيوب المبيع أو يهمل انتصافه بالصفات التي وعد بها ولم يصرح بأنه يبيع بدون ضمان . ويقدر أن البائع عالم بذلك إذا كان تاجراً أو صانعاً يبيع منتجات مصنعة ، ثانياً - إذا صرح البائع بخلو المبيع من العيوب ، ما لم تكن هناك عيوب لم تظهر إلا بعد البيع أو كانت من العيوب التي يمكن أن يجهلها البائع من حسن نية . ثالثاً - إذا كان وجود الصفات التي تبين خلو المبيع منها مشروطاً بصراحة أو كان العرف التجاري يتطلب وجودها .

م ٤٥٣ : يتم تخفيض الثمن بتقدير قيمة المبيع ودر في حالة السلامة وقت التمسك من جهة ، ثم بتقدير قيمته في حالته الحاضرة من جهة أخرى . وعندما يكون البيع متقدماً على عدة أشياء مشتركة صفقة واحدة ، فينبغي تقدير قيمتها على أساس قيمة جميع الأشياء التي تتألف منها الصفقة .

م ٤٥٤ : يجب على المشتري في حالة فسخ البيع أن يرد : أولاً - الشيء المصاحب بالعيب الموجب لرد كما استلمه مع ما تباه وما بهد جزأ منه وما انتبه به به إبرام العقد . ثانياً - ثمار المبيع من تاريخ فسخ البيع بالتراضي أو الحكم به وثمار السابقة لهذا التاريخ . أما إذا كانت الآثار غير متقدمة وقت البيع ، فيحق للمشتري أن يأخذها إذا جناها ولو قبل الفسخ كما يحق ==

الوجه الذى يبناه ، فهو بعد هذا الإخطار يكون له الحق فى الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب ، وهى دعوى صاغها التقنين المبنى على غرار دعوى ضمان الاستحقاق الجزئى كما فى مقررته فى المادة ٤٤٤ مدنى . والشبه بين الدعويتين واضح ، ففى كليهما لم تبلغ خسارة المشتري ، من جراء الاستحقاق الجزئى أو العيب ، أن يضيع المبيع كله ، بل هو قد ضاع جزء منه أو من قيمته ولكنه جزء قد يبلغ من الجسامة حداً لو كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما المشروع ( التقنين الجديد ) فلم ير داعياً لتعدد الأحكام فى ضمان الاستحقاق وفى ضمان العيب ، فإن الضمانين مردهما إلى أصول واحدة فى القواعد العامة . فالواجب إذن فى ضمان العيب تطبيق ما تقرر فى ضمان الاستحقاق . ومقتضى هذا التطبيق أن العيب الجسيم يكون المشتري غيراً فيه بين الفسخ أو إبقاء البيع مع التعويض عن العيب طبقاً لما تقضى به القواعد العامة ، فيعوض المشتري ما أصابه من خسارة وما فاته من كسب بسبب العيب . وإذا لم يكن العيب جسيماً ، فلا يكون للمشتري إلا التعويض . ويزيد التعويض أو ينقص تبعاً لما إذا كان البائع منبئاً التية أى يعلم بالعيب ، أو حسن التية أى لا يعلم به . وفى الحالة الأولى يعوض الضرر المباشر حتى لو لم يكن متوقفاً ، وفى الحالة الثانية لا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع » (١).

فيجب إذن التمييز بين فرضين : الفرض الأول أن يكون العيب جسيماً بحيث لو أن المشتري كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء ، والفرض الثانى أن يكون العيب لم يبلغ من الجسامة هذا الحد بل كان لو علمه المشتري لأقدم على الشراء بالرغم من ذلك ولكن بشئ أقل .

---

== له أن يأخذ أيضاً الثمار الناشئة وإن كان لم يجنها . ويلزم من جهة أخرى : أولاً - أن يدفع إلى المشتري نفقات الزرع والرعى والميانة ونفقات الثمار التى ردها المشتري إليه . ثانياً - أن يرد الثمن الذى قبضه مع نفقات العقد القانونية . ثالثاً - أن يعرض المشتري من الخسارة التى ألحقها بالمبيع ، إذا كان البائع محتالاً .

(وتختلف هذه الأحكام من أحكام التقنين المصرى كما هو ظاهر ) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٣ - ص ١٢٤ .



ففي الفرض الأول ، إذا كان العيب جسماً إلى الحد السالف الذكر ، كان المشتري مخيراً بين رد المبيع المعيب وما أفاده منه إلى البائع والمطالبة بالمبالغ التي كان يطالب بها في حالة الاستحقاق الكلي ، وبين استبقاء المبيع مع المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (١) . وفي الفرض الثاني ، إذا كان العيب لم يبلغ الجسامة المشار إليها ، لا يكون للمشتري إلا أن يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب . فالمشتري إذن ، عند رجوعه على البائع بضمان العيب ، له أن رد المبيع ويطالب بمبالغ معادلة للمبالغ التي يرجع بها في حالة الاستحقاق الكلي إذا كان العيب جسماً ولم يختر استبقاء المبيع . أما إذا كان العيب غير جسمي ، أو كان جسماً واختار استبقاء المبيع ، فإنه يرجع على البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (٢) . ونذكر الآن في إيجاز عناصر التعويض في الحالتين ، وفقاً لما جاء في المادة ٤٤٤ مدني وفي المادة ٤٤٣ مدني التي أحيل إليها .

ففي حالة رد المبيع إلى البائع (٣) ، رد المشتري المبيع كما هو بالعيب اللاحق

(١) وله الخيار بين الدعويين ولا يتقيد بالدعوى التي قد يقدمها عليه من اشترى منه الشيء المعيب وإذا رفع إحدى الدعويين ، فله أن يعدل عنها إلى الأخرى ما دام لم يصدر في الدعوى الأولى حكم حاز قوة الأمر المقضي (أوبري ورو ، فقرة ٣٠٠ مكررة ص ١٥ - بودي ورسيتا فقرة ٤٢٣ ص ٤٥١ - بلانيرول وريير وعامل ١٠ فقرة ١٣٣) . وله أن يرفع دعوى رد المبيع المعيب بصفة أصلية ودعوى التعويض بصفة احتياطية ، أما إذا رفع دعوى رد المبيع المعيب وحدها ، ولم يعدل عنها إلى دعوى التعويض ولو بصفة احتياطية ، فإنه يتصلر على المحكمة أن تقضي بالتعويض إذ تكون قد حكمت بما لم يطلب منها (أنسيكليري دالوز ٤ نفث. Vice Réd. فقرة ٧٩) . والواجب على كل حال ، في مطالبة المشتري بضمان العيب ، أن يرفع على البائع دعوى أصلية أو فرعية ، ولا يكتفى بمجرد دفع عليه عندما يطالبه البائع مثلاً بالثمن (بلانيرول وريير وعامل ١٠ فقرة ١٣٣) .

(٢) أما إذا لم يصب المشتري ضرر من العيب ، فإنه لا يرجع بشيء على البائع . فلذا اشترى صانع السفينة جهازاً من أجهزتها لتركيبة في السفينة ، وكان هذا الجهاز معيباً ، ثم باع السفينة عندما تم صنعها ، ولم يرجع المشتري عليه بضمان عيب هذا الجهاز ، لم يكن لصانع السفينة أن يرجع على بائع الجهاز المعيب بشيء لانتفاء الضرر (بلانيرول وريير وعامل ١٠ ص ١٤٤ هامش ١) .

(٣) ولا يكون هذا فسحاً للبيع بالرغم مما جاء بالذكر الإيضاحية المشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ١٣٣ ، بل هو رجوع بضمان العيب على أساس بقاء البيع قائماً وهو مصدر الضمان كما هو الأمر في ضمان الاستحقاق ، وقد سبق بيان ذلك .

به ، وورد ما أفاده من ثمرات من وقت البيع . وبأخذ من البائع في مقابل ذلك :  
( ١ ) قيمة المبيع غير معيب وقت البيع ، مع الفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت البيع على النحو الذى فصلناه في ضمان الاستحقاق الكلى ، ولا يكون هناك محل للمطالبة بقيمة الثمار لأن الفوائد القانونية مقابل هذه الثمار (١) .  
( ٢ ) المصروفات الضرورية (٢) والمصروفات النافعة التى يكون قد أنفقها على المبيع ، وكذلك المصروفات الكسالية إذا كان البائع سيء النية أى يعلم بوجود العيب في المبيع وقت تسليمه للمشتري (٣) . (٤) جميع مصروفات دعوى ضمان العيب الخفى ، وذلك في حالة ما إذا كان البائع قد اضطره إلى رفع هذه الدعوى ولم يسلم بالتزامه بالضمان عندما أخطره المشتري بالعيب في الوقت الملائم .  
( ٤ ) وبوجه عام التعويض عما لحق المشتري من خسارة أو فاته من كسب بسبب العيب على النحو الذى بسطناها في ضمان الاستحقاق الكلى . ويلاحظ أنه إذا كان البائع حسن النية أى لا يعلم بالعيب لم يكن مسئولاً إلا عن تعويض الضرر المتوقع الحصول وقت البيع ، أما إذا كان سيء النية أى يعلم بالعيب كان مسئولاً حتى عن الضرر غير المتوقع ، وذلك طبقاً للقواعد العامة في المسئولية .

وفي حالة استبقاء المشتري للمبيع ، يكون له أن يطالب البائع بالفرق بين قيمة المبيع سليماً وقيمه مهيناً ، وبمصروفات دعوى الضمان إذا اضطره البائع إلى رفعها ، وبوجه عام ما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب العيب مع

- 
- (١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٤ ص ١٥٤ .  
(٢) وفي ضمان الاستحقاق لا يرجع المشتري على البائع بالمصروفات الضرورية لأنه يرجع به على المستحق . أما ضمان العيب فلا يوجد مستحق ، ومن ثم يرجع المشتري بالمصروفات الضرورية على البائع فهو الذى يسترد المبيع .  
(٣) والمفروض أن البائع حسن نية حتى يقيم المشتري الدليل على أنه سيء النية . وإذا كان البائع تاجراً أو صانعاً يبيع السلعة للمعينة ، جاز القول بافتراض أنه عالم بالعيب ما لم يثبت هو حسن نية ( أنظر ٤٩٦ من تقنين الموجبات والقيود البنائية آنفاً نفس الفقرة في الحاشية) .  
وأنظر أيضاً في هذا المعنى أوبري دور ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٤ - بودرى وسينيا فقرة ٤٣٦ ص ٤٥٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٤ ص ١٥٣ - جومران ٢ فقرة ١١٢١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٤ ص ٣٢٢ .

ملاحظة أن يكون البائع مبيعاً التبة مسئولاً حتى عن تعويض الضرر غير المتوقع كما سبق القول . ويجوز أن يكون التعويض في جعل البائع يصلح المبيع إذا كان قابلاً للإصلاح ، أو أن يصلحه المشتري على نفقة البائع (١) .

### ٣٧٥ - هلاك المبيع المبيع - نصوص قانونية : ونص المادة

٤٥١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« نبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأى سبب كان (٢) . »

(١) أوبرى ودو ، ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة هامش رقم ١٤ - جيوار ١ فقرة ٤٥٧ - بودرى وسبينا فقرة ٤٣٤ - بلانيرك وويير وعامل ١٠ فقرة ١٣٥ - ويشترط أن يكون الإصلاح ممكناً في مدة معقولة ، أما إذا كان يقتضى مدة طويلة يحرم في أثناءها المشتري من الانتفاع بالمبيع ، جاز له المطالبة بتعويض نقدي ( أنسيكلويدى والوز ، ٥ لفظ Vice Réd. فقرة ١٩ ) .  
(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٧٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتية :

« تبقى دعوى الضمان حتى لو هلك المبيع بسبب المبيع أو هلك قضاء وتقدراً . وفى لجنة المراجعة عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وذكر في اللجنة أنه إذا هلك المبيع بفعل المشتري طبقت القواعد العامة إذ يتمتع على المشتري طلب الفسخ ( أى طلب رد المبيع ) ولا يرجع إلا بضمان المبيع ( أى بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب المبيع ) . وصارت المادة رقمها ١٦٤ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥١ مجسدة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٢٠ - ص ١٢١ ) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٢٢٣/٤٠٠ : إذا هلك المبيع بسبب المبيع القديم فيكون ملاكاً على البائع ، ويلزم حيثن برد الثمن والمصاريف ودفع التعويضات على الوجه الموضح آنفاً بحسب الأحوال .

م ٤٠١ غلط : إذا كان في المبيع عيب قديم وهلك بالكلية بسبب عيب جديد أو محادث قهرى ، فهلاكه أيضاً على البائع متى كان وجود العيب القديم فيه ثابتاً أو كان تقدير نقصان الثمن ممكناً في الأحوال الجائز فيها نقصانه .

( وتختلف هذه الأحكام من أحكام التقنين الجديد كما هو ظاهر - والبررة بتاريخ إبرام البيع في سريان أحكام التقنين الجديد - وانظر في أحكام التقنين السابقين الأستاذين أحمد نجيب الملال وحامه زك فقرة ٤١٢ ) .

ويقابل النص في التعديلات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤١٩ (مطابقة المادة ٤٥١ مصرى . وانظر في قانون المدني السوري

الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٠٩ - فقرة ٢١٠) .

التقنين المدني الليبي م ٤٤٠ (مطابقة المادة ٤٥١ مصرى) .

ويفرض النص أن المبيع المغيب قد هلك بعد أن تسلمه المشتري ، لأنه لو كان قد هلك قبل التسليم فإن هلاكه يكون على البائع ولا محل إذن لقيام ضمان العيب . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بأن التقنين الجديد « اكتفى بأن قرر أن دعوى الضمان تبقى حتى لو هلك المبيع . حتى تنقضى الشبهة في أن هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان (١) » .

فهلاك المبيع المغيب إذن وهو في يد المشتري لا يسقط دعوى الضمان . فيجوز للمشتري دائماً أن يطالب البائع ، بالرغم من هلاك المبيع ، بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب العيب على النحو الذى يبيناه فى حالة استبقاء المشتري للمبيع . أما إذا كان العيب جسيماً إلى حد يسوغ للمشتري رد المبيع ، فلا يجوز للمشتري الرجوع على البائع بالتعويض الكامل عن كل المبيع إلا إذا كان هلاك المبيع غير منسوب إلى فعله . فإذا كان الهلاك بسبب العيب أو كان بسبب أجنبي فإنه يكون غير منسوب إلى فعله ، ويكون له فى هذه الحالة أن يطالب البائع بالتعويض الكامل على النحو الذى يرجع به فى حالة الاستحقاق الكلى ، ولا يكون مطالباً برد المبيع (٢) لأن الرد استحالة عليه لا بفعله بل بسبب

== التقنين المدنى العراق م ٥٦٤ : إذا هلك المبيع فى يد المشتري ، فهلاك عليه ، ويرجع على البائع بتقصان الثمن .

( وحكم التقنين العراق يختلف عن حكم التقنين المصرى - انظر فى القانون المدنى العراق الأستاذ حسن الانونى لفقرة ٢٦٢ - الأستاذ عباس حسن للصراف فقرة ٥٠٧ - فقرة ٥٢٩ ) .

تقنين الموجبات والمقود البتاني م ٤٥٥ : لا يحق للمشتري استرداد شيء ولا عطف الثمن إذا كان لم يستطع رد المبيع فى الأحوال الآتية : أولاً - إذا كان المبيع قد هلك بقوة قاهرة أو خطأ من المشتري أو من أشخاص هو مسئول عنهم . ثانياً - إذا كان المبيع قد سرق أو انتزع من المشتري . ثالثاً - إذا حول المشتري المبيع إلى شكل لم يبق منه صالحاً لما أمعه له فى الأصل .

م ٤٥٦ : إذا هلك المبيع بسبب العيب الذى كان مصاباً به أو بقوة قاهرة ناشئة من هذا العيب ، كان هلاكه على البائع ولزمه أن يرد الثمن . وإذا كان سببه لثنية ، لزمه أيضاً أن يؤدى بدل العطل والضرر .

( وحكم التقنين البتاني يختلف بعض الاختلاف عن حكم التقنين المصرى ) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤ .

(٢) إلا ما عسى أن يكون باقياً منه إذا كان الهلاك جزئياً .

أجنبي ، وإنما يرد إلى البائع ما أفاده من المبيع (١) . أما إذا كان المالك بفعله ، فإنه لا يستطيع الرجوع بتمويض كامل إذ قد تمكن عليه رد المبيع بسبب يرجع إلى فعله ، ومن ثم وجب عليه أن يكتفي بمطالبة البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب على النحو المبين في حالة استبقائه للمبيع (٢) .

### ٣٧٦ - بعض ظروف غير المهلك نظراً على المبيع العيب :

وقد يطرأ على المبيع المبيع ظروف أخرى غير المهلك الذي سبق بيان حكمه ، وقد كان التفتين السابق يتناول هذه الظروف في شيء من الإسهاب ، نأقلاً في بعض الحالات أحكام الفقه الإسلامي . والفقه الإسلامي يعرف خيار العيب ، ويقرر فيه أحكاماً مفصلة معروفة ، لا يسار في بعضها للمبادئ العامة للقانون المصري ، فلم ينقلها التفتين الجديد حتى يحتفظ لضمان العيب بالناسق في أحكامه ، فوجب الرجوع في هذه المسائل إلى القواعد العامة (٣) .

(١) أنظر في هذا المعنى في حالة هلاك المبيع بسبب العيب المادة ٥٦٤ من تفتين الموجبات والعقد الباني (أنفاً في نفس الفترة في الماشي) . وفي التفتين الفرنسي (١/١٦٤٧) المالك حل المشتري ولو ملك الشيء مبيعاً ، إلا إذا كان العيب هو سبب المالك ، أما إذا كان المالك بسبب أجنبي تحمل تبعه المشتري . وهذا الحكم مستند من الفقه الفرنسي (جبرار ١ فترة ٤٧٠ - أرمي . رود ٥ فترة ٣٥٥ - ماشي رقم ٢٢ - ولكن بودري وسينا فترة ٤٣٩ يلفان من هذا الحكم لأجارات عملية) . والتفتين الألماني (م ١٦٢) يحمل هلاك المبيع بسبب أجنبي على البائع لا حل المشتري ، كما كان يفعل القانون الروماني (بلايول وريبير وعامل ١٠ ص ١٥٧ - ماشي ٤) - وهذا هو أيضاً رأي بوتيه (بوتيه في البيع فترة ٢١٩) . ويدافع كولان وكابيتان عن الحكم الذي قرره التفتين الألماني لأجارات عملية في عكس الاستمارات السلية التي دافع بها بودري وسينا من الحكم الذي قرره التفتين الفرنسي : تمكن مرققة ما إذا كان المبيع قد ملك بسبب أجنبي أم بسبب العيب .

(٢) أنظر في هذا المعنى ما دار في لجنة المراجعة في شأن النص : أنفاً نفس الفترة في الماشي . أنظر الأستاذ أنور سلطان فترة ٢٧٧ - الأستاذ محمد علي إمام فترة ٢٢٨ - الأستاذ محمد كامل مرسى فترة ١٩١ - وفارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فترة ١٧٢ والأستاذ عبد النعم البهادري فترة ٣٥٤ والأستاذ منصور مصحفي منصور فترة ٩٣ .

ولكن إذا كان استعمال المبيع لا يكون إلا باستهلاكه ، كالليز تفرس في الأرض والهاد ينقطع بها ، جاز لمشتري أن يرجع بتمويض كامل دون أن يرد المبيع وإن كان قد ملك بفعله . (٣) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التجهيز في هذا الصدد : « ولم ير المشروع أن يخل ما قرره التفتين الحال (السابق) بشأن ظهور عيب بالمبيع قبل التسليم أو بعده »

ونذكر من الظروف التي قد تطرأ على المبيع الميب ، غير الملاك ، الظروف الآتية : (١) ظهور عيب جديد بالمبيع بعد التسليم (٢) تصرف المشتري في المبيع الميب (٣) تحول المبيع الميب إلى شيء آخر (٤) زوال العيب الذي كان لاحقاً بالمبيع (١) . ونبين في إيجاز ماذا يؤدي إليه تطبيق القواعد العامة في كل من هذه الظروف

== (م ٣١٦ - ٣١٧ / ٣٩٢ - ٣٩٠) ، ويشأن ظهور عيب جديد في اسبيع (م ٣٩٩ غلط) ، ويشأن ذلك المبيع بسبب العيب القديم أو بسبب عيب جديد أو بمحدث قهري (م ٢٢٣ / ٤٠١ - ٤٠٠) ، فهذه كلها تفصيلات يحسن الرجوع فيها إلى القواعد العامة ، واكتفى بأن قرر أن دعوى الضمان تبقى حتى لو هلك المبيع بسبب العيب أو هلك قضاء وقدر (٩٧ من المشروع) ، حتى تقتضي الشجة في أن حدوث المبيع قد يسقط دعوى الضمان ( مجموعة الأحكام التحضيرية ٤ ، ص ١٢٤ ) . (١) وقد تناول التفتين المدني السابق أيضاً تيب بعض المبيع . فنصت المادة ٣٩٠ / ٣١٦ على أنه « في الأحوال التي يثبت فيها للمشتري حق الفسخ إذا كان البيع في جلة أشياء معينة ، يظهر ببعضها عيب قبل التسليم ، فليس له فسخ البيع إلا في جميع المبيع » . ونصت المادة ٣٩١ / ٣١٧ على أنه « إذا ظهر العيب بعد التسليم ، فللمشتري فسخ البيع فيما ظهر فيه العيب فقط إذا لم يترتب على تسمية المبيع ضرر » . ونصت المادة ٣٩٢ من التفتين المدني المختلط على أنه إذا كان المبيع في الأحوال المذكورة من الأشياء التي يقوم بمقها مقام بعض ، جاز للمشتري ولو بعد التسليم فسخ البيع ولو في جزء من المبيع » .

ولم يفتل التفتين الجديد هذه النصوص ، فتكون سارية على البيع الذي تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٠ . أما بعد ذلك فيجب تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقتضي بأن المبيع إذا تيب في بعضه ، كان للمشتري أن يرد كله ويأخذ تعويضاً كاملاً إذا كان العيب بحيث لو كان يملكه وقت البيع لما أقدم على الشراء . وله مع ذلك أن يرجع بتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب إذا اختار استبقاء المبيع أو كان العيب لم يبلغ من الجسامة الحد المشار إليه . وهذا كله إذا كان المبيع غير قابل للتجزئة ، وإلا جاز رد البعض واستبقاء البعض الآخر . انظر الأستاذ أنور سلطان فترة ٢٧٥ - الأستاذ محمد علي إمام ص ٢٨٧ - ص ٣٨٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فترة ١٧١ - الأستاذ جميل الشراوي ص ٢٨١ - ص ٢٨٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٠٦ - ٢٠٧ - ويكون المبيع قابلاً للتجزئة أو غير قابل لها بالنظر إلى الغرض المقصود منه ، وهذه مسألة واقع ( يودري وسينيا فترة ٤٤٠ - بلاتيرول ودهير وهامل ١٠ فترة ١٣٤ ) .

وقد أورد التفتين المدني العراقي في هذه المسألة نصاً تأثر فيه بالفقه الإسلامي ، إذ قضت المادة ٩٦١ من هذا التفتين بأن « ما بيع صفقة واحدة إذا ظهر بعضه معيباً ، فإذا لم يكن في تقريره ضرر كان للمشتري أن يرد المبيع مع مطالبة البائع بما يصيبه من الخسائر ، وليس له أن يرد الجميع ما لم يرض البائع . أما إذا كان هناك في تقريره ضرر ، رد الجميع أو قبل الجميع بكل الخسائر » .

فاذا ظهر عيب جديد بالمبيع بعد التسليم ، فظهور هذا العيب إذا كان بسبب أجنبي لا يمنع المشتري من رد المبيع وأخذ تعويض كامل ، لأن هلاك المبيع بسبب أجنبي لا يمنع من ذلك فأولى ألا يمنع منه تعيب المبيع بعيب جديد بسبب أجنبي . أما إذا كان العيب الجديد بفعل المشتري ، كان هذا مانعاً من الرد ، ويقتصر المشتري في هذه الحالة على أخذ تعويض من البائع بسبب العيب الجديد مع استبقاء المبيع (١) .

« وأورد تفتين الموجبات والقواعد البنائية في هذه المسألة التصور الآتية : م ٤٥٠ : إذا كان المبيع مستقداً على مجموع أشياء معينة ، وكان قسم منها متعيباً ، حق للمشتري أن يتنزع بالمخ المتزوج له في المادة السابقة . وإذا كان المبيع من المتليات : فلا يحق للمشتري أن يطلب إلا تسليم كمية أخرى من النوع نفسه خالية من تلك العيوب . غير أنه يبقى له حق المطالبة ببديل العطل وللقررر عند الانتفاء . م ٤٥١ : إذا كان المبيع عدة أشياء مختلفة مشتراة جملة بشئ واحد ، حق للمشتري ، حتى بعد الاستلام ، أن يفسخ البيع فيما يختص بالقسم المتعيب من تلك الأشياء ، وأن يسترد من الثمن جزءاً متعيباً له . أما إذا كانت الأشياء مما لا يمكن التفريق بينها بدون ضرر ، كأن تكون أزواجاً ، فلا يحق له إلا فسخ البيع كله . م ٤٥٢ : إن الفسخ بسبب عيب في أصل المبيع يتناول فروعه أيضاً ، وإن كان ثمن الفروع متعيباً على حدة . وعيب الفروع لا يفسخ بيع الأصل .

( وقد خرج التفتين البنائي في بعض هذه التصورات على قاعدة وحدة الصفقة ) .

(١) وكان التفتين المدني المختلط ( م ٢٩٩ ) يورد في هذه المسألة الحكم الآتي : « إذا حدث المبيع بسبب حادث تهرى جديد . . . أو كان المبيع بعد تسليمه تغيرت حالته بفعل المشتري أو بفعل أي شخص آخر ، فلا يكون للمشتري الحق في فسخ البيع إلا إذا كان العيب الحادث قد زال أو كان البائع قد ارتضى أخذ المبيع مع وجود العيب الجديد فيه . إنما يسوغ للمشتري أن يطلب تنقيص الثمن بالكيفية المبينة آنفاً مع مراعاة العيب الجديد أو التغير الذي حصل . » . فهذا النص يمنع المشتري من رد المبيع حتى لو كان العيب الجديد بسبب حادث تهرى ، وهذا على خلاف مقتضى التفرع المأمور به هنا . ولما كان هذا النص في التفتين المختلط ليس له نص مقابل في التفتين الوطني ، فلا يطبق إلا في البيع الذي كان غاصماً للتفتين المختلط وكان قد تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

وأورد للتفتين المدني العراقي ( م ٥٦٢ ) في هذه المسألة الحكم الآتي وقد تأثر فيها بالفقه الإسلامي : « إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حدث به عيب جديد عند المشتري ، فليس له أن يرد به بالمعيب القديم والعيب الجديد موجود فيه ، بل له أن يطلب ينقصان الثمن ، عالم برضى البائع بأخذه على عيبه ولم يوجد مانع الرد . ٢ - فإذا زال العيب الحادث ، عاد المشتري حق رد المبيع بالمعيب القديم على البائع » .

وأورد تفتين الموجبات والقواعد البنائية في هذه المسألة التصور الآتية م ٥٧٧ : لا سيل

وإذا تصرف المشتري في المبيع المغيب ، فإن كان تصرفه بعد اطلاعه على العيب ، اعتبر هذا نزولاً ضمنياً منه عن ضمان العيب ، إلا إذا احتفظ بحقه قبل التصرف وعند ذلك لا يرجع إلا بتعويض عن العيب لأنه استبقى المبيع وتصرف فيه (١) ، أو إلا إذا رجع عليه من اشترى منه بضمان هذا العيب وعند ذلك يصح له هو أيضاً الرجوع على بائعه . وقد أورد التقنين المدني السابق نصاً في هذه المسألة يتفق مع هذا الحكم ، فقضت المادة ٤٠٣/٣٢٥ من هذا التقنين بأن « تصرف المشتري في المبيع بأى وجه كان بعد اطلاعه على العيب يوجب سقوط حقه في طلب الضمان » (٢) . أما إذا كان تصرف المشتري في المبيع المغيب قبل اطلاعه على العيب ، فإنه لا يستطيع في هذه الحالة رد المبيع إلى بائعه بالعيب ، إذ يعتبر عليه أن يسترده ممن اشتراه وهو ضامن للمعرض ، والاسترداد والضمان لا يجتمعان كما سبق القول . فلا يبقى

« لفسخ البيع » ولا حق المشتري إلا في المطالبة بتخفيض الثمن : أولاً - إذا تيب المبيع بطلت حقه أو من الأشخاص الذين يكون مسئولاً عنهم . ثانياً - إذا استعمل المشتري المبيع استعمالاً يؤدي إلى نقص كبير في قيمته . ويسرى هذا الحكم إذا استعمل المبيع قبل علمه ، أما إذا كان الاستعمال بعد العلم بالعيب فتطبق أحكام المادة ٤٦٢ م ٤٦٢ : يسقط حق المشتري في دعوى الرد : أولاً - إذا عدل عنها صراحة بعد وقوفه على عيب المبيع . ثانياً - إذا كان بعد وقوفه على العيب قد باع الشيء أو تصرف فيه على وجه آخر بصفة كونه مالِكاً . ثالثاً - إذا استعمل المبيع المنفعة الخاصة واستمر على هذا الاستعمال بعد وقوفه على العيب . ولا يسرى حكم هذه القاعدة على البيوت والمسكنات الأخرى المماثلة ، فإنه يمكن الاستمرار في سكناها أو استعمالها في مدة المداهمة بفسخ البيع . وهذه النصوص تتفق مع القواعد العامة ، وينسب أيضاً مع هذه القواعد نص المادة ٤٥٨ من نفس التقنين ويقضى بأن « تنقضي الثمن الذي تأنه المشتري من أجل عيب مسلم به لا يمنعه من طلب فسخ البيع أو تخفيض آخر في الثمن إذا ظهر عيب آخر » .

(١) قانون الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢١٧ ،

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في هذا الصدد : ولم ير المشروع موجباً لإيراد ما تضمنته المادة ٤٠٣/٣٢٥ من التقنين لحال ( السابق ) وهي تنقضى بأن تصرف المشتري في المبيع بأى وجه كان بعد اطلاعه على العيب انقضى يوجب سقوط حقه في طلب الضمان ، فإن هذا حكم واضح يسهل استخلاصه من القواعد العامة « مجموعة الأعمال التحضيرية » ص ١٢٤ ) . وهذا هو أيضاً حكم التقنين المدني العراقي ، فقد نصت المادة ٤٦٦ من هذا التقنين على أنه « إذا أطلع المشتري على عيب قديم في المبيع ، ثم تصرف فيه تصرف المالك . سقط خياره » . أنظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٤٦٢ من تقنين الموجبات والمقود الجنائي وقد سبق ذكرها في الحاشي من نفس الفقرة .



أمام المشتري الأول إلا الرجوع على بائنه بتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب على الوجه الذي بيناه (١). وهنا ما لم يرد المشتري الثاني للمبيع بالعيب ، فعند ذلك يستطيع المشتري الأول هو أيضاً أن يرد المبيع على بائنه بنفس العيب (٢). وكصرف المشتري في المبيع المعيب ترتبه عليه حقاً للغير ، كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن (٣) .

وإذا تحول المبيع المعيب وهو في يد المشتري إلى شيء آخر ، فإذا كان هذا التحول بفعله ، فإن كان بعد إطلاعه على العيب سقط على البائع الضمان ، وإن كان قبل إطلاعه على العيب امتنع الرد ولم يستطع المشتري الرجوع على البائع إلا بتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب (٤) . وإذا كان هذا التحول بسبب أجنبي لم يمنع التحول الرد ، لأن الهلاك بسبب أجنبي لا يمنع الرد فأولى ألا يمنعه مجرد التحول (٥) .

وإذا زال العيب الذي كان لاحقاً بالمبيع ، وكان هذا العيب بطبيعته مؤقتاً إذا زال لا يرجع ، لم يعد للمشتري أن يرجع على البائع بضمان العيب ، لأن سببه

(١) بلانيرول وريبير وعامل ١٠ فترة ١٣٤ ص ١٥٤ .

(٢) بودري وسينيا فترة ٤٣٣ ص ٤٥١ - ٤٥٢ - وقد ورد في المادة ٣٨٨/٣١٤ من التفتين المدعى السابق : «... يكون للمشتري غيراً بين فسخ البيع بغير إضرار بمقتضى الدائنتين برهن ، وبين طلب نقصان الثمن » ويوم هذا النص أن الفسخ جائز إذا ثبت للغير حل المبيع حق غير الرهن . وتظاهر أن الفسخ لا يجوز من باب أول إذا ثبت للغير بدلا من حق الرهن حق الملكية ذاته . إنما خص الرهن بالذكر لأن التفتين المدعى السابق كان يسعى عناية خاصة بحماية الدائنتين المرتبتين .

(٣) أوبري ورد ٥ فترة ٣٥٥ مكررة ص ٨٤ - بلانيرول وريبير وعامل ١٠ فترة ١٣٤ ص ١٥٠ و ص ١٥٣ - كولان وكاينان ٢ فترة ٩٢٧ - وقارن بودري وسينيا فترة ٤٣٥ - وذلك ما لم يقصر المشتري هذا الحق الذي رتبته للغير ، كأن دفع الدين للدائنتين وشطب الرهن . (٤) بلانيرول وريبير وعامل ١٠ فترة ١٢٧ ص ١٤١ .

(٥) أنظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٤٥٥ من تفتين المراجبات والمقود الباني ، وقد سبق ذكرها آنفاً فترة ٣٧٥ في الهامش . وقد أورد التفتين المدعى السابق (م ٥٦٣) في هذه المسألة الحكم الآتي : ١ - زيادة شه من مال المشتري حل للمبيع تمنع الرد ، كفسخ الثوب المبيع أو البناء في الأرض المبيعة أو ظهور الضرر في الشجر المبيع ٢ - فإذا حدث في المبيع زيادة مائة من الرد ، ثم أطلع المشتري على عيب قديم فيه ، فإنه يرجع على البائع بتقصان الثمن . ويمتنع الرد ولو قبله البائع بالعيب الحادث ..

الضمان قد زال لا إلى رجعة فيزول الضمان بزوال سببه . وقد نص تقنين المرجعيات والعقود البناني على هذا الحكم صراحة ، فقصت المادة ٤٥٩ من هذا التقنين بأن « تسقط دعوى الرد إذا زال العيب قبل إقامة دعوى الفسخ أو دعوى تخفيض الثمن أو أن أثباتهما ، وكان هذا العيب بطبيعته مؤقتاً وغير قابل للظهور ثانية . ولا يجرى هذا الحكم إذا كان العيب قابلاً بطبيعته للرجوع » .

**٣٧٧ - تقادم دعوى ضمان العيب الخفي - نص صريح قانونية :**  
نص المادة ٤٥٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .

٢ - على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتقادم التقادم إذا ثبت أنه تعتمد إخفاء العيب غشاً منه (١) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٩٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٦٥ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس للشيوخ تحت رقم ٤٥٢ ( مجموعة الاعمال التمهيدية ٤ ص ١٢٢ وص ٢٢٥ ) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٠٢/٣٢٤ ونجري على الوجه الآتي : « يجب تقديم دعوى الضمان الناشئة من وجود عيوب خفية في ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها ، وإلا سقط الحق فيها » . ويتألف هذا النص نص التقنين الجديد في أمور ثلاثة : أولاً - مدة التقادم في التقنين الجديد سنة ، وهي ثمانية أيام في التقنين السابق . ثانياً - وهي مدة تقادم في التقنين الجديد ، ومدة سقوط لا مدة تقادم في التقنين السابق ( الاستاذان أحمد نجيب الحلاوي وسامد زكي فقرة ٤١٦ ) - ثالثاً - وتسرى المدة في التقنين الجديد من وقت التسليم ، وفي التقنين السابق من وقت العلم اليقيني بالعيب ( نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ، رقم ٤٧ ص ٢٠٧ ) . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « عدل المشروع أحكام المادة ٤٠٢/٣٢٤ من التقنين المدني الحالي ( السابق ) ، وهي تنفي بوجوب تقديم دعوى الضمان الناشئة من عيوب خفية في ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها ، وإلا سقط الحق فيها » . فراض أن هذه المدة قصيرة لا تكاد تتسع لرثع الدعوى ، وقرر أن التقادم لا يتم :-

وزى من ذلك أن مدة التقادم في دعوى ضمان العيوب الخفية مدة قصيرة ،

== إلا بإلغاء سنة من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك (م ٥٩٧ من المشروع) ، فأطال المدة إلى سنة ، ولكنه جعلها تسري من وقت التسليم لا من وقت العلم بالعيب وهذا أكثر تحقيقاً لاستقرار التعامل ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤ ) . وإذا كان التقنين السابق جعل المشتري يبادر إلى رفع الدعوى في ثمانية أيام ، فإن التقنين الجديد جعله يبادر إلى إخطار البائع بالعيب في خلال مدة معقولة ثم يرفع الدعوى خلال سنة من وقت تسليم المبيع .

ومدة سقوط في التقنين السابق بوجه عام أقصر من مدة التقادم في التقنين الجديد ، ولكنها قد تكون أطول إذا لم يعلم المشتري بالعيب إلا بعد نحو سنة من تسلمه للمبيع بحيث أنه لو ضم إلى هذه المدة ثمانية أيام كان المجموع أطول من سنة .  
ويبدو أنه لا محل لتطبيق المادة ٨ مدنى في تنازع التقنينين الجديد والسابق من حيث الزمان ، لأن المدة في التقنين السابق مدة سقوط وهي مدة تقادم في التقنين الجديد كما سبق القول . ومن ثم يرى التقنين السابق في عقود البيع التي أبرمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وبسرى التقنين الجديد في عقود البيع التي أبرمت بعد ذلك .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٠ ( مطابقة للمادة ٤٥٢ مصرى - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا )  
فقرة ٢١٤ - فقرة ٢١٥ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٤١ ( مطابقة للمادة ٤٥٢ مصرى ) .

التقنين المدني العراقي م ٥٧٠ : ١ - لا تسرع دعوى ضمان العيب إذا انقضت سنة أشهر من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بال ضمان لمدة أطول . ٢ - وليس للبائع أن يتصلك بهذه المدة لمرور الزمان إذ ثبت أن إخطاء العيب كان بنفس منه . ( وهذه الأحكام تنطبق مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن المدة في التقنين العراقي سنة أشهر وهي في التقنين المصري سنة - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦٨ والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٣٨ - فقرة ٤٢٢ ) .  
تقنين المورجيات والمقود اللبناني م ٤٦٣ : إن الدعوى الناشئة من وجود عيوب موجبة لرد المبيع أو من خلوه من الصفات الموعود بها يجب أن تقام على الوجه التالي وإلا سقط الحق في إقامتها ( ١ ) تقام من أجل الأموال الناتجة في خلال ٣٦٥ يوماً بعد التسليم . ( ٢ ) وتقام من أجل المتقولات والمخيرات في خلال ثلاثين يوماً بعد التسليم على شرط أن يرسل إلى البائع البلاغ المنصوص عليه في المادة ٤٤٦ . وهاتان المهلتان يمكن تمدد يدهما أو تقصيرهما باتفاق المتعاقدين . ( وهناك فرقان بين أحكام التقنين اللبناني وأحكام التقنين المصري : ( ١ ) المدة في التقنين اللبناني ٣٦٥ يوماً للمقار وثلاثون يوماً للمتقول ، وهي في التقنين المصري سنة لكل من المقار والمتقول . ( ٢ ) يمكن الاتفاق على تقصير المدة في التقنين اللبناني ، ذلك في التقنين المصري ) .

وذلك حتى يستمر التعامل ولا يكون البائع مهملدا بهذا الضمان أمدا طويلا يتعلم بعده التعرف على منشأ العيب وهل هو قديم فيضمن أو حادث فلا يضمن . والمدة كما نرى سنة واحدة تسرى من وقت تسل المشتري للمبيع ، ففى هذا الوقت يصبح من الممكن للمشتري أن يفحص المبيع ليتبين ما إذا كان فيه عيب موجب للضمان (١) . ومتى انقضت السنة سقطت بالتقادم دعوى ضمان العيب الخفى ، حتى لو كان المشتري لم يعلم بالعيب إلا بعد انقضاء هذه السنة ، فقد أراد المشرع أن يستمر التعامل كما قدمنا ، ففى سلم البائع المبيع للمشتري وانقضت سنة على هذا التسليم أمن البائع تبعة ضمان العيب الخفى واطمان إلى استقرار الصفقة ، غير مان بالالى ما إذا كان المشتري سيطلع فيما بعد على عيب فى المبيع .

ومدة السنة يجوز قطعها وفقاً للقواعد المقررة فى قطع مدد التقادم (٢) ، ولكنها لا توقف فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، ولو لم يكن له نائب يمثل قانونياً ، لأن المدة لا تزيد على خمس سنوات (م ٢/٣٨٢ مدنى) . وتوقف المدة إذا وجد سبب للوقف غير الأسباب المتقدمة (م ١/٣٨٢ مدنى)

ولا يجوز الاتفاق على تقصير هذه المدة ، لأن الأصل أنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون (٣) . وإذا كان

---

(١) وذلك يجب أن يكون التسليم فعلياً ، فلا يكفى التسليم الحكى ، ولو أن المادة ٤٥٢ مدنى فى حالتها هذه لم تصرح بذلك كما صرحت المادة ٤٣٤ مدنى فى خصوص العجز والزيادة فى مقدار المبيع ( أنظر الأستاذ أنور سلطان بقرة ٢٨٠ ولكن قارن ص ٣٢٧ هامش ١ - وانظر الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٨٥ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٨٤ - ص ٢٨٥ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى بقرة ٢٥١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور بقرة ٩٤ ) . (٢) ولا يكفى إخطار البائع بالعيب لقطع التقادم ، بل يجب لقطه عمل تتوافر فيه الشروط التى يتطلبها القانون .

(٣) أنظر مع ذلك ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية) ص ١٢٧ من أنه يجوز الاتفاق على إنقاص مدة السنة ، وهو غير صحيح - قارن الأستاذ أنور سلطان بقرة ٢٨٥ والأستاذ محمد على إمام ص ٣٩١ والأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٨٦ وص ٢٨٧ والأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٨٨ والأستاذ عبد المنعم البدر اوى بقرة ٣٥١ ص ٥٢١ وبقرة ٣٥٧ والأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢١٠ ، وللمعبرون مع المذكرة الإيضاحية إلى جواز الاتفاق على إنقاص مدة التقادم .

يجوز الاتفاق على إطالة السنة ، فذلك لأنه ورد في هذا الشأن نص صريح ،  
إذ تقول البقرة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٥٢ مدني : « ما لم يقبل  
البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول » . وإذا أضفنا إلى ذلك الفقرة الثانية من  
المادة ٤٥٢ مدني ، تبين أن مدة التقادم في ضمان العيب الخفي تكون أطول من  
سنة في حالتين : (١) إذا اتفق المتعاقدان على إطالة مدة السنة . كذلك يجوز  
بعد تمام السنة أن ينزل البائع ولو ضمناً عن التقادم بعد أن اكتمل ، وفقاً  
للقواعد العامة (م ٢/٣٨٨ مدني) . (٢) إذا أثبت المشتري أن البائع قد تعمد  
إخفاء العيب عنه غشاً (١) ، فعند ذلك تكون مدة التقادم خمس عشرة سنة من  
وقت البيع لا من وقت التسليم ، رجوعاً إلى الأصل بعد أن خرجنا من نطاق  
الاستثناء . فإذا كشف المشتري العيب الذي أخفاه عنه البائع غشاً حتى بعد  
انقضاء السنة ، كان له أن يرفع دعوى ضمان العيب في خلال خمس عشرة سنة  
من وقت البيع كما قلنا (٢) .

### § ٣ - الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيب الخفي

٣٧٨ - **التعويض القانوني** : تنص المادة ٤٥٣ من القانون المدني  
على ما يأتي :

« يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن  
يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا  
كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه » .

(١) ولا يكفي مجرد علم البائع بالعيب ، فلو علم بالعيب ولكن لم يتعمد إخفائه غشاً كانت  
مدة التقادم سنة من وقت التسليم .

(٢) وتقول للملكة الإيضاحية للشروع الصهيوني في هذا الصدد : « ثم أجاز ( المشروع )  
أن تطول السنة في حالتين : ( أولاً ) إذا قبل أن يلتزم بالضمان لمدة أطول ، وهذا اتفاق  
على تعديل الضمان بالزيادة فيه وسيأتي ذكر ذلك . ( ثانياً ) إذا تعمد البائع إخفاء العيب عن مشتريه  
منه ، فلا تسقط دعوى الضمان في هذه الحالة إلا بخمس عشرة سنة و مجموعة الأعمال المضطربة »  
ص ( ١٢٤ ) .

ونص المادة ٤٤٥ على ما يأتي :

« إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع ، فعمل المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الإخطار وإلا سقط حقه في الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على غيره » (١) .

ويقابل النص الأول في التقنين المدني السابق المادة ٣٩٦/٣٢١ (٢) ، ولما قبل النص الثاني ولكنه تطبق للقواعد العامة إلا فيما يتعلق بالمواعيد المذكورة فيه .

#### (١) تاريخ التصويب

م ٤٥٣ : ورد هذا النص في المادة ٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى لم يكن يشتمل على عبارة « غشائه » الواردة في آخر النص . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٤٦٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة الشيوخ عبارة « غشائه » في آخر النص ، وقد أصبح رقمه ٤٥٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلت لجنة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٦ - ١٢٨ ) .

م ٤٥٥ : ورد هذا النص في المادة ١٠١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان يحل المدة التى ترفع فيها الدعوى ستة لا ستة شهور ، ولم يشتمل على عبارة « كل هذا ما لم يتفق على غيره » الواردة في آخر النص . ووافقت لجنة المراجعة على النص بعد تعديل المدة التى ترفع فيها الدعوى من ستة إلى ستة شهور ، وأصبح رقمه ٤٦٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة مجلس الشيوخ عبارة « كل هذا ما لم يتفق على غيره » في آخر النص ، لأن الأحكام الواردة فى النص من قبيل القواعد الملزمة التى يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وأصبح رقم النص ٤٥٥ . ووافق مجلس الشيوخ عليه كما عدلت لجنة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٠ - ١٣١ ) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٣٩٦/٣٢١ : وكذلك لا يكون وجه ضمان البائع إذا كان قد اشترط عدم ضمانه للعيوب الخفية إلا إذا ثبت علمه بها .

وقد جاء في الفكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص : « يقتصر التقنين الحالي ( السابق ) فى نصوصه على صورة إسقاط الضمان ، فيفتر جواز ذلك ما لم يكن قد ثبت علم البائع بالمعيب ( م ٣٩٦/٣٢١ ) . أما المشروع فيشترط لبطان شرط الإسقاط أن يكون البائع قد تصد إخفاء العيب كما تقدم » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٧ ) . وانظر فى القانون المدنى السابق الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكى فقرة ١١٣ - وانظر فى سريان نصوص التقنين الجديد من حيث الزمان ما يلى فقرة ٣٧٩ فى الماشى .

ويقابل النصان في التقنيات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري  
المادتين ٤٢١ و ٤٢٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٤٢ و ٤٤٤ - وفي  
التقنين المدني العراقي المادتين ٥٦٧ - ٥٦٨ - وفي تقنين الموجبات والعقود  
البناني المادتين ٤٦٠ - ٤٦١ (١) .

ويتبين من هذه النصوص أنه قد يقع اتفاق بين المتبايعين على تعديل أحكام  
ضمان العيب الخفي كما أوردناها فيما تقدم ، وقد يتخذ هذا الاتفاق صورة  
خاصة هي ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل . فنتحدث كلا من المسألتين .

### ٣٧٩ - تعديل أحكام ضمان العيب الخفي باتفاق خاص : أحكام ضمان العيب الخفي ، كأحكام ضمان التعرض والاستحقاق ، ليست من النظام

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢١ و ٤٢٣ ( مطابقان  
للمادتين ٤٥٢ و ٤٥٥ مصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا  
فقرة ٢١١ - فقرة ٢١٣ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٤٢ و ٤٤٤ ( مطابقان للمادتين ٤٥٣ و ٤٥٥ مصري ) .  
التقنين المدني العراقي م ٥٦٧ - ١ - إذا ذكر البائع أن في المبيع عيباً فاشتراه المشتري بالعيب  
الذي سماه له ، فلا خيار له في رده بالعيب المسمى ، وله رده بعيب آخر . ٢ - وإذا اشترط  
البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب موجود بالمبيع ، صح البيع والشرط وإن لم يسم العيوب .  
ولكن في الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل  
التقصي ، وفي هذه الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث .

م ٥٦٨ - ١ - يجوز أيضاً للمتبايعين باتفاق خاص أن يحدد مقدار الضمان . ٢ - عل أن  
كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تمتد إخفاء العيب .

( وأحكام التقنين العراقي في مجموعها كأحكام التقنين المصري ، وانظر ما سنذكره فيما يلي  
فقرة ٣٧٩ في الماش . ولم يذكر ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل ، ولكن هذا الضمان ليس  
إلا تطبيقاً للقواعد العامة - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن لقنوني فقرة ٢٦٤ ) .  
تقنين الموجبات والعقود البناني م ٤٦٠ : لا يكون البائع مسؤولاً عن العيوب الظاهرة ولا من  
العيوب التي سبق للمشتري أن عرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها . وإنما يكون مسؤولاً عن  
من العيوب التي كان من السهل على المشتري أن يعرفها ، إذا صرح البائع بظن المبيع منها .  
م ٤٦١ : لا يسأل البائع عن عيوب المبيع ولا عن غلوه من الصفات المطلوبة : أولاً - إذا  
صرح بها . ثانياً - إذا كان قد اشترط أنه لا يتحمل ضماناً ما .

العام (١) ، فيجوز للمتبايعين أن يتفقا على تعديلها . والتعديل قد يكون - كما في ضمان التعرض والاستحقاق - بالزيادة أو بالإسقاط .

فالإتفاق على زيادة ضمان الميوب الخفية قد يتعلق بأسباب الضمان أو بمدى التعويض المستحق عند تحقق الضمان . مثل الزيادة في أسباب الضمان أن يشترط المشتري على البائع أن يضمن له كل عيب في المبيع لم يتبينه وقت التسليم حتى لو أمكن تبيته من طريق الفحص بعناية الرجل العاوى ، أو أن يتفق معه على إطالة مدة التقادم فتكون أكثر من سنة وقد سبق ذكر ذلك . وضمان البائع صلاحية المبيع للعمل إنما هو ضرب من الاتفاق على زيادة أسباب الضمان كما سترى . ومثل زيادة مدى التعويض عند تحقق الضمان أن يشترط المشتري ، إذا ظهر عيب في المبيع يميز رده على البائع ، أن يسترد المصروفات السكالية حتى لو كان البائع حسن النية ، أو أن يسترد أعلى القيمتين قيمة المبيع سالماً أو الثمن . فكل هذه الشروط التي من شأنها أن تزيد في ضمان البائع للعيب الخفي جائزة ، ويجب العمل بها .

والإتفاق على إنقاص الضمان قد يتعلق أيضاً إما بأسباب الضمان وإما بنهوى التصويض . مثل إنقاص أسباب الضمان أن يشترط البائع على المشتري ألا يضمن له شيئاً معينا يذكره بالذات ، أو ألا يضمن له الميوب التي لا تظهر إلا بالفحص التقني التخصصي (٢) . وقد قدمنا أنه لا يجوز إنقاص الضمان من ناحية الاتفاق على تقصير مدة التقادم ، بالرغم مما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في هذا الصدد . ومثل إنقاص مدى التصويض أن يشترط البائع على المشتري ، إذا رده المبيع المعيب عليه ، ألا يرد للمشتري إلا أقل القيمتين قيمة المبيع سليماً أو الثمن ، أو ألا يرد إلا قيمة المبيع سليماً دون أن يدفع أى تعويض آخر . وقد يتفق بائع السيارة مع المشتري على أنه إذا ظهر عيب في بعض أجزائه

= ( وأحكام التتبع البتاني في مجموعها لا تختلف من أحكام التتبعين المصري ، ولم يذكر التتبعين البتاني ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل ، ولكن هذا الضمان تطبيق لقواعد العامة ) .

(١) استئناف غنط ١٧ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٢٥ .

(٢) وكاشتراط البائع عدم ضمان لون المبيع وصنعه (أنسيكلويد دالغز) فقط Vice Red. ص ٤٤ - الإلهام أنور سلطان فترة ٢٨٥ ) .



السيارة انحصر الضمان في استبدال أجزاء سليمة بهذه الأجزاء المعيبة في خلال مدة معينة (١). فكل هذه شروط جائزة ، ويجب العمل بها . إلا أنه يشترط في صحتها ألا يكون البائع عالماً بالعيب الذي اشترط عدم ضمانه فتعتمد إخفاؤه عن المشتري غشاً منه ، ذلك أنه لا يستطيع شخص أن يعنى نفسه باتفاق خاص من المسؤولية عن غشه (٢). ولا يكفي أن يكون البائع عالماً بالعيب ، بل يجب أيضاً أن يتعمد إخفاؤه . فإذا كان البائع عالماً بالعيب ولم يتعمد إخفاؤه عن المشتري واشترط عدم ضمانه لهذا العيب ، جاز شرط عدم الضمان . وفسر ذلك بأن البائع قد نبه المشتري باشتراطه عدم الضمان إلى احتمال وجود العيب ، ولم ينشئه بتعمد إخفاء العيب عنه ، فقبل المشتري تحمل هذه المخاطرة ، ولا بد أن يكون قد روعى ذلك في تقدير ثمن المبيع . ويقرب من هذا أن يكون العيب ظاهراً أو في حكم الظاهر أو معلوماً من المشتري ، فقد قلنا أن البائع لا يضمنه . فكما أن خفاء العيب شرط في وجوب الضمان ، كذلك ظهور العيب أو علم المشتري به هو بمثابة اتفاق ضمني على عدم الضمان .

والإتفاق على إسقاط الضمان يكون باشتراط البائع على المشتري عدم ضمانه لأي عيب يظهر في المبيع . ويصح هذا الشرط ، فلا يكون البائع ضماناً لأي عيب يظهر في المبيع (٣)، حتى لو كان يعلم بوجود عيوب معينة ولكنه لم يتعمد

(١) بلانيول وبيير وهامل ١٠ ققرة ١٣٩ ص ١٥٩ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التي هي في هذا الصدد : « ما قلتم من أحكام الضمان ليس من النظام العام فيجوز الاتفاق على زيادة الضمان كما لو اشترطت مدة الجول من سنة لرفع الدعوى ، أو على إنقاسه كما لو اشترطت مدة أقل من سنة ( ؟ ) أو اشترط قصر الضمان على العيوب التي لا تظهر إلا بعد الفحص القتي ، أو على إسقاط الضمان أصلاً . غير أن الاتفاق على الإنقاص أو الإسقاط باطل إذا أقرن بمصد البائع لإخفاء العيب » ( مجموعة الأعمال القضائية ٤ ص ١٢٧ ) .

(٣) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٧ من القانون المدني العراقي على ما يأتي : « وإذا اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب موجود في المبيع ، صح البيع والشرط وإن لم يسم العيوب . ولكن في الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب للموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض ، وفي الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث » ( أنظر آتفاً ققرة ٣٧٨ في الماشي ) ، ويظهر من هذا النص أن شرط براءة البائع من كل عيب شرط =

إخفاءها عن المشتري (١) ويكون المشتري في هذه الحالة بمثابة من اشترى صاقل الخيار كما رأينا في ضمان التعرض والاستحقاق ، ويراعى ذلك عادة في تقرير ثمن البيع . وزى من ذلك أن شرط إسقاط الضمان لا يصبح إذا كان البائع علماً بصيب في المبيع وتعتمد إخفاءه عن المشتري غشاً منه ، لأنه يكون في هذه الحالة قد اشترط عدم مسئوليته عن الغش وهذا لا يجوز (٢) .

**٣٨٠ - ضمان البائع صراحةً للمبيع للعمل :** في بعض الأشياء الدقيقة الصنع السريعة الخلل ، كالآلات الميكانيكية والسيارات والساعات والتلاجات والدفايات والبطاريات الكهربائية وأجهزة الراديو ، يشترط المشتري على البائع أن يضمن له صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة ، سنة أو سنتين أو نحو ذلك . فالمشتري في هذه الحالة يزيد من ضمان البائع ، لأنه لا يشترط غلو المبيع من العيوب

= مطلق يحمي العيب الموجود بالمبيع وقت البيع والعيوب الحادث بعده وقبل قبض ، أما شرط برادة البائع من كل عيب موجود بالمبيع فقد أريد به تخصيص العيوب الموجودة بالمبيع وقت البيع لأنها هي العيوب التي كانت موجودة في هذا الوقت فلا ينصرف الشرط إلى غيرها . وقد ساءر القنطين العراقي في هذا الحكم الفقه الحنفى على خلاف في هذا الفقه . والعبارة في القانون المصري بتفسير نية المتعاقدين ، فإن أرادوا الإطلاق يرمى البائع من ضمان كل العيوب ويدخل عيب الحادث بعد البيع وقبل قبض ، حتى لو كان الشرط هو برادة البائع من كل عيب موجود بالمبيع . وإن أرادوا التخصيص يرمى البائع من ضمان العيوب الموجودة وقت العقد دون العيوب التي تحدث بعده ، حتى لو كان الشرط هو برادة البائع من كل عيب .

(١) وكان القنطين المدني السابق ( م ٣٢١/٣٩٦ ) يقتضي بغير ذلك ، فكان لا يصح شرط إسقاط الضمان إذا ثبت علم البائع بالعيب ( أنظر آتقاً بقرة ٢٧٨ في المجلد ) والعبارة بتدريج تمام البيع ، فإن تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ كان شرط إسقاط الضمان مع علم المشتري بالعيب باطلاً ، وإلا كان صحيحاً وفقاً لأحكام القنطين الجديد .

وفي القنطين المدني الفرنسي ( ١٦٤٣ م ) لا يجوز شرط إسقاط الضمان مع علم البائع بالعيب ، كما كان الأمر في القنطين للملك المصري السابق . وانقسم الفقه الفرنسي في إسقاط الضمان مع علم البائع بالعيب إذا كان المشتري قد اشترى صاقل الخيار ( *à son risque et péril* ) ، فله أن يضمن إلى إسقاط الضمان ( أوبري ورو ، بقرة ٣٥٥ مكررة من ٨٥ وماش ٢٠ - بلايوك وديجيه وحامل ١٠ بقرة ١٢٩ من ١٦٥ ) ، ودأب يذهب إلى عدم إسقاطه ( لوزان ٢٤ بقرة ٣٠٥ - جهور ١ بقرة ٣٥٤ - بوردو وسيتيا بقرة ٤٢١ ) .

(٢) ومثل ذلك أن يكون العيب ناشئاً من فعل البائع ، فيكون باطلاً الاتفاق على عدم ضمان هذا العيب أو الاتفاق المطلق على إسقاط الضمان ( الأستاذ أنور سلطان بقرة ٢٨٦ ) .

فحسب ، بل يشترط أيضاً صلاحية المبيع للعمل بقطع النظر عما إذا كان فيه عيب أو لم يكن (١) . والذي يعنى المشتري في مثل هذه الحالات هو أن يكون المبيع صالحاً للعمل ، ولا يعنيه أن يكون عدم الصلاحية راجعاً إلى عيب معين . ذلك أن تركيب المبيع في هذه الحالات يقتضى عادة دقة فنية ، أى خلل فيها يجعل المبيع غير صالح للعمل ، دون أن يمكن إستاد ذلك إلى عيب بالذات . ومن هنا يجرى احتياط المشتري ، فيحصل من البائع على ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ويضمن بذلك إلى أنه اشترى شيئاً صالحاً للعمل هذه المدة على الأقل ، ويغلب أن المبيع إذا صلح للعمل هذه المدة يكون صالحاً للعمل بعد انقضاءها إلى المدى المألوف في التعامل . وهذا الشرط جائز ، وينبغي العمل به .

ويتميز هذا الضمان الخاص عن زيادة الضمان بوجه عام فيما يأتى :

أولاً - أنه يجعل الضمان شاملاً لأي نوع من الخلل في المبيع حتى لو لم يكن هذا عيباً ، فيمكن ألا يكون المبيع صالحاً للعمل حتى يتحقق الضمان (٢) . وغنى عن البيان أن هذا الضمان لا يمنع ضمان البائع للعيوب الخفية ، فبضمن ظهور عيب في المبيع ولو لم يكن من شأنه جعل المبيع غير صالح (٣) ، كالعيب في طلاء الساعة الخارجى (٤) ، فتسرى القواعد المقررة في ضمان العيب الخفى ومن أهمها أن تكون مدة التقادم سنة لا ستة شهور وأن يكون الإخطار في الوقت الملائم لا في مدة شهر (٥) .

---

(١) قارن الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٦ - وقد يرجع عدم صلاحية المبيع للعمل إلى عيب ظاهر . غير أننى ، قيسته للبائع بالرغم من ظهوره وعدم غفائه ، ومن ثم كان هذا الشرط زيادة في الضمان المتاح (بودرى وسينيا فقرة ٤٢٤ ص ٤٢٤) .

(٢) وذلك ما لم يكن عدم الصلاحية للعمل راجعاً إلى المشتري ، كأن تنقضى الساعة من يده فتعكس (الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢١١) .

(٣) بلانويل وريبير ديولانجيه ٢ فقرة ٢٤٨٩ .

(٤) الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢١١ .

(٥) أنسيلكويدي دالوز ه لفظ Vice Réd. - فقرة ٧٥ - ويكون هذا بحسب إرادة المتعاقدين ، فإن كانا يريدان جعل هذا الضمان محل عمل ضمان العيوب الخفية لم يكن الضمان الأخير محل إلی جانب ، وإن كانا يريدان هذا الضمان بالإضافة إلى ضمان العيوب الخفية دون أن يحل محله وجب العمل بهذه الإرادة . أنظر في هذه المسألة وق أنه يغلب أن يريد المتعاقدان =

ثانياً - أن يقترن بـمدة معينة يكون فيها البائع مسئولاً عن الضمان ، وهي مدة يقدر المشتري أنها تكفي لتجربة صلاحية الشيء للعمل كما إذا كان المبيع صاعاً أو سيارة ، أو أنها تكفي لاستهلاك المبيع ذاته كاشتراط سنة لصلاحية البطارية الكهربائية .

ثالثاً - أن المدة التي يجب فيها أن يخطر المشتري البائع بالخلل هي شهر من وقت ظهوره ، وإلا سقط الضمان . وفي الضمان العادي لم تحدد مدة للإخطار ، بل يكون ذلك في الوقت الملائم كما سبق القول . ولا يوجد ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان في الحالة التي نحن بصددتها على أن تكون مدة الإخطار أكثر من شهر أو أقل ، فليست أحكام هذا النص من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفاً كما ورد صراحة في النص (١) .

وأبداً - أن المدة الواجب رفع دعوى الضمان فيها هي ستة شهور من وقت الإخطار . وفي الضمان العادي المدة ستة من وقت تسليم المبيع كما قلنا . ولا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن تكون المدة أقل من ستة شهور . فليست المدة هنا مدة تقادم بل هي مدة سقوط وهي ليست من النظام العام فتجوز إبطالها ويجوز قصرها باتفاق خاص . أما مدة السنة في الضمان العادي فهي مدة تقادم ، يجوز إبطالها ولا يجوز قصرها كما سبق القول .

خامساً - يكون التمييز عادة في هذا الضمان أن البائع يصلح المبيع حتى يعود صالحاً للعمل ، وإذا لم يكن قابلاً للإصلاح أبدله بمثل له يكون صالحاً (٢) .

١- إعلان هذا الضمان على الميراث الخفية بلانيرول وريبير وحامل ١٠ فترة ١٤٠ ص ١٦٦ . ويذهب أوربى ودو إلى أن الميراث في هذا الضمان أنه يمنع الضمان الخاص العادي ما لم يكن البائع يعلم بالعيب فيضمة الضمان العادي إلى جانب الضمان الخاص (أوربى ودو ٥ فترة ٣٥٥ مكررة ص ٨٨) .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٣١ - ويجوز رفع دعوى الضمان مباشرة ويصير إعلان سعيها إخطاراً أكلياً ، ولكن المشتري يبرهن أنه حصل بصرفات الدعوى إذا سلم للبائع بمقتضى .

(٢) أوربى وسينا ٤٢٤ - بلانيرول وريبير وحامل ١٠ فترة ١٤٠ - الأستاذ أنور سلطان ٢٨٨ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٩٠ - الأستاذ عبد المنعم الجبر ٢٥٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ٩٦ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص النص الذي نحن بصدده ما يأتي : « هذا نص جديد نقل عن المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٣٧٤) ، ولا نظيره في التفتين الحالي (السابق) . ويقصد به ضمان صلاحية المبيع في الأشياء الدقيقة كآلات الميكانيكية والسيارات ونحو ذلك . فإذا وجد شرط صريح بضمان البائع لصلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ، ثم ظهر خلل أثناء هذه المدة ، فالواجب أن يخطر المشتري البائع في مدة شهر من ظهور الخلل وإلا سقط حقه في الضمان ، وأن يرفع الدعوى في مدة ستة ( ستة أشهر ) من هذا الإخطار . ويجوز رفع الدعوى مباشرة وتعتبر صحيفة إخطاراً كافياً ، ولكن المشتري يمرض نفسه لتحمل مصروفات الدعوى إذا سلم البائع بحقه . وبلا حظ أن ميعاد الإخطار في هذه الحالة الثلاثة قد تمحدد بشهر ، خلافاً لحالة ضمان العيب بوجه عام حيث نص على أن الإخطار يكون في الوقت الملائم . وغنى عن البيان أنه يجوز الاتفاق على تعديل ميعاد الشهر والسنة (والسنة الأشهر) (١) . »

#### ٥ - تمييز ضمان العيوب الخفية مما يقاربه من النظم القانونية

٣٨١ - بعض النظم القانونية التي تقارب ضمان العيوب الخفية :  
الآن وقد فرغنا من بسط أحكام ضمان العيوب الخفية فحددنا هذا الضمان ، نستكمل تحديده بتمييزه عن بعض النظم القانونية الأخرى التي تقاربه وقد تلتبس به في بعض الحالات . ونذكر من هذه النظم الغلط والتليس والتسخ لعدم التمييز والعجز في المقدار وضمان الاستحقاق الجزئي .

---

== ومما حتى لو لم يذكر كيف يكون التمييز ، وإنما كان إصلاح المبيع متلواً ، رجع المشتري على البائع وقتاً لسراعه المقررة في ضمان العيب الخفي ، فبعد المبيع أو يستبدله مع التمييز إذا كان العيب جسيماً ، وإذا كان العيب غير جسيم اكتفى بالتصديف ( الأستاذ أنور سلطان فترة ٢٨٨ ) . ويجوز الاتفاق على تعديل على التصديف ، بأن يشترط المشتري رد المبيع ولو لم يكن العيب جسيماً أو يشترط البائع عدم رده ولو كان العيب جسيماً ( الأستاذ منصور ص ٧١٢ ) .

(١) مجموعة الأعمال الصحفية ٤ ص ١٢٠ - ص ١٣١ .

٣٨٢- التمييز بين ضمان العيوب الحقيقية والغلط : قد يقع الغلط في صفقة جوهرية للمبيع ، فإذا كانت هذه الصفة تتصل بصلاحية المبيع للغرض الذى أعد له بحيث أن انتفاءها يجعله غير صالح لهذا الغرض ، فإن البيع يكون في هذه الحالة قابلاً للإبطال للغلط، ويكون في الوقت ذاته منشئاً لضمان العيوب الخفية . فإذا اشترى شخص فرساً على أنه صالح للسباق فوجده غير صالح له ، أمكن القول إن المشتري وقع في غلط في صفقة جوهرية في الشيء ، وأمكن القول في الوقت ذاته إن البيع به عيب خفي . فيجوز للمشتري في هذه الحالة أن يرجع على البائع إما بدعوى الغلط وإما بدعوى ضمان العيوب الخفية ، فيختار أحدهما ولكنه لا يجمع بينهما . فإذا رجع بدعوى الغلط وجب أن يثبت أن البائع كان واقفاً في غلط مثله أو كان يعلم أو يستطيع أن يعلم بالغلط الذى وقع فيه ، ويستوى أن يكون قد اشترى الفرس مسامحة أو اشتراه في مزاد قضائى أو إدارى ، ويجب أن يرفع الدعوى في خلال سنوات من وقت علمه بالغلط أو في خلال خمس عشرة سنة من وقت البيع بحسب الأحوال وهذه هي مدة التقادم في دعوى الغلط . ويطلب في هذه الدعوى إبطال البيع ، فإذا حكم بالإبطال اعتبر البيع كأن لم يكن ، فاسترد المشتري الثمن مع التعويض إن كان له مقتضى ورد المبيع (١) . أما إذا رجع المشتري بضمان العيوب الخفية فالأمر يختلف عن كل ما تقدم : لا يطلب من المشتري إلا أن يثبت أن الغرض المقصود من الفرس هو أن يكون صالحاً للسباق وقد ظهر أنه غير صالح لهذا الغرض . ولا يطلب منه أن يثبت بعد ذلك أن البائع كان يجهل ذلك أو يعلمه ، فسواء

---

(١) وقد قصت الفقرة الثانية من المادة ٢١٩ مدنى بأنه « إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى علمه به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع » . فإذا ذكر المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع ، سقط حقه إذن في طلب إبطال البيع بسبب غلط ، ولكن لا يسقط حقه في العلم بسبب العيب الخفي . وقد قصت محكمة النقض بأن المادة ٢١٩ مدنى ( ٢/٢١٩ جديد ) خاصة بمقالة حصول الغلط في البيع لا بمقالة ظهور العيوب الخفية ، وكل ذلك فإن طلب النسخ لبيع الخفي لا يمنع من أن يكون المشتري قد أقر عند تسليم المبيع بأنه قد عاينه وفحصه بمعرفة أحد رجال الفن ( نقض مدنى ٢ مايو سنة ١٩٤٦ بمجموعة حرر ٢٦ ص ١٥٦ ) .

جهله أو علمه ؛ وسواء اشترك مع المشتري في غلط مشترك أو لم يشترك ، وسواء علم بوقوع المشتري في غلط جوهرى أو لم يعلم ، ففي جميع الأحوال قد ثبت أن بالمبيع عيباً خفياً يوجب الضمان . ومن هنا نرى أن العيب الخفى أمر موضوعى محض ، أما الغلط فأمر ذاتى محض (١) ، وإن كان الأمران قد اجتمعا معاً في المثل الذى نحن بصدده . وإذا كان المشتري قد اشترى الفرس في مزاد قضائى أو إدارى امتنع عليه أن يرفع دعوى ضمان العيب ، وقد رأينا أن لا يتمتع عليه في هذه الحالة رفع دعوى الغلط . ويجب على المشتري رفع دعوى ضمان العيب خلال سنة من وقت تسلمه الفرس بعد أن يحظر البائع بالعيب في الوقت الملائم ، وقد رأينا في دعوى الغلط أن المشتري لا يحظر البائع بشيء . وله أن يرفع الدعوى في ثلاث سنوات أو في خمسة عشرة سنة بحسب الأحوال . ويطلب المشتري في دعوى ضمان العيب إما رد الفرس إلى البائع وأخذ تعويض منه ليس هو المثلن ، وإما استبقاء الفرس وأخذ تعويض عما أصابه من الضرر بسبب العيب . وقد رأينا في دعوى الغلط أن البيع يزول بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن ، ويسترد المشتري المثلن مع التعويض إن كان له مقتضى ، ويرد الفرس للبائع وليس له أن يستبقه مع أخذ تعويض (٢) .

وهذه الفروق الكبيرة بين الدعويتين تجعل من المهم أن نعرف متى يكون هناك محل لدعوى الغلط دون دعوى ضمان العيب ، ومتى يكون هناك محل لدعوى ضمان العيب دون دعوى الغلط ، فقد يقع أن يلتبس الغلط بالعيب الخفى فيصبح من الضروري التمييز بينهما . فالغلط أمر ذاتى كما قلنا ، وهو يقع في صفة جوهرية في المبيع جعلها المشتري محل اعتباره ، ولكن دون أن تتصل هذه الصفة بالجوهرية حتماً بالفرض الذى أعدد له المبيع . أما العيب الخفى فأمر موضوعى كما سبق القول ، وهو يقع في الفرض الذى أعدد له المبيع فيجعله غير صالح لهذا الفرض ، سواء كان هذا محل اعتبار ذاتى عند المشتري أو لم يكن (٣) .

(١) بلاترول وديزير ومادل ١٠ ققرة ١١٦ ص ١٢٩

(٢) استئناف مخطوط ٦ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٢٧ - بوردو وسينيا ققرة ٤١٤ .

(٣) فن وقع في غلط في المبيع يكون قد اشترى شيئاً خير الشيء الذى قصد شراءه ، أما من اشترى شيئاً سيئاً فقد اشترى الشيء الذى قصد شراءه وإن كان به عيب . فإذا اشترى شخص

ومن ثم قد يوجد الغلط دون أن يوجد العيب الخفى . فإذا اشترى شخص أثاثاً لغرفة استقبال معتقداً أنه من طراز معين تبين بعد ذلك أنه ليس من هذا الطراز ، أو اشترى سيارة أو آلة ميكانيكية معتقداً أنها من « ماركة » معينة فتبين أنها ليست من هذه « الماركة » ، كان هذا غلطاً في صفة جوهرية في المبيع . وليس من الضروري أن يكون هذا عيباً خفياً ، فقد يكون الأثاث الذى اشتراه - أو السيارة أو الآلة الميكانيكية - صالحاً لكل الصلاحيات للغرض المقصود ، بل قد يكون أكثر صلاحية من الطراز الذى أراده المشتري ، فلا يمكن القول في هذه الحالة أن المبيع به عيب خفى . عند ذلك لا يستطيع المشتري أن يرجع على البائع بضمان العيوب الخفية ، وليس أمامه إلا أن يرجع بدعوى الغلط فيراعى أحكام هذه الدعوى وبخاصة الأحكام التى سبق ذكرها .

أما أن يوجد العيب الخفى دون أن يوجد الغلط ، فهذا أمر نادر . ذلك أن العيب الخفى معناه أن بالمبيع عيباً يجعله غير صالح للغرض المقصود فيطلب أن يكون العيب واقعاً في صفة جوهرية اعتبرها المشتري ، ويكون المشتري غير عالم بالعيب ، وهذا هو عين الغلط (١) . ومع ذلك قد يقع أن يكون العيب الخفى غير متصل بصفة جوهرية في المبيع كانت هي محل اعتبار المشتري . ففي المثال المتقدم إذا اشترى شخص أثاثاً لغرفة استقبال من طراز معين فوجدها من هذا

---

يندرج على أنها «تقاوى» طبق السكلايريس ، فتبين أنها ليست «تقاوى» أصلاً أو أنها «تقاوى» لفنن غير السكلايريس ، فانه يكون قد وقع في غلط جوهرى . أما إذا كانت القلور هي تقاوى لفنن السكلايريس ولكنها فقدت قوة الإنتاج ، فليس هذا بغلط وإنما هو عيب على (استئناف غلط ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩٠ ص ١٦١) .

ويقول بعض الفقهاء العيب أوسع من الغلط ، لأنه يقع في صفة غير جوهرية في الشيء مادام يؤثر في صلاحيته لغرض الذى أمده . وهو في الوقت ذاته أصعب من الغلط ، لأن أية صفة يتحيزها المتعاقدان جوهرية في الشيء يجوز أن يقع فيها غلط ، وقد لا يكون من شأنه هذا الغلط أن يؤثر في صلاحية المبيع لغرض الذى أمده فلا يكون الغلط عيباً (بيدان ١١ فقرة ٢٦٤) .

(١) ولكن إذا كان البائع مالاً بالمبيع غير أنه يعتقد أن المشتري عالم به مثله ، لم يجوز للمشتري أن يرفع دعوى الغلط لأن البائع غير مشترك معه فيه وغير عالم بوقوعه ، فلا يبقى أمامه إلا أن يرفع دعوى ضمان العيوب الخفية إذا كان العيب الخفى خلق بصفة جوهرية في المبيع حدث به البيع وقيل التسليم ، فلا يمكن أن يقال في هذه الحالة أن المشتري قد وقع في غلط منه البيع .



الطراز ، ولكن وجد بها عيباً خفياً ينقص من صلاحيتها للغرض المقصود ، فإن له في هذه الحالة أن يرفع دعوى ضمان العيب الخفى وليس له أن يرفع دعوى الغلط ، فلا يرد المبيع إلى المشتري بل يستقيه مع أخذ تعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب العيب (١) . فإذا كان العيب جسدياً بحيث لو كان المشتري قد علم به لما أقدم على الشراء ، وهذا هو العيب الذى يجوز رد المبيع ، فإن هذا معناه أن العيب قد اتصل بصفة جوهرية في المبيع ، وهنا تختلط دعوى ضمان العيب بدعوى الغلط (٢) ، ويكون للمشتري أن يختار إحداهما على النحو الذى بسطناه .

### ٣٨٣ - التمييز بين ضمان العيوب الخفية والتدليس : وقد يقوم

ضمان العيب دون أن يكون هناك تدليس ، وذلك فيما إذا كان البائع لا يعلم بالعيب أو كان يعلمه ولكنه لم يدلس على المشتري بأن تعتمد مثلاً أن يخفى عت العيب . وقد يقوم التدليس دون أن يقوم ضمان العيب ، وذلك فيما إذا كان الغلط الذى انشاق إليه المشتري عن طريق التدليس لا يتصل بالغرض المقصود من المبيع ، ولكن بصفة جوهرية فيه كانت هى محل اعتبار المشتري (٣) . وقد يجمع ضمان العيب مع التدليس ، وذلك فيما إذا كان بالمبيع عيب خفى تعتمد

(١) وإذا اشترى شخص شيئاً على أنها من ذهب ، فإذ وجدها من فضة مدعية رفع دعوى الغلط ، أما إن وجدها من ذهب خالص ولكن بالذهب عيب ينقص من قيمته رفع دعوى ضمان العيب . وإذا اشترى شخص صورة زينة على أنها من صنع رمان معروف ، فإن وجدها من غير صنعه رفع دعوى الغلط ، وإن وجدها من صنعه ولكن بالصورة عيوب تنقص من قيمتها رفع دعوى ضمان العيب ( بودى وسيتا فقرة ٤٢٥ مكررة خامساً - كوران وكايبان ٢ فقرة ٨٣٠ - الأستاذ محمد على إمام فقرة ٢٣١ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٣٣٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٦٧ - الأستاذ جميل القرناوى فقرة ٧٦ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زك فقرة ٤٢٥ - فقرة ٤٢١ ) .

(٢) أنظر الأستاذ محمد على إمام ص ٣٩٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٧ - وقارن الأستاذ عبد المنعم البدرولى فقرة ٢٤٧ .

(٣) وقد رأينا أن العيب إذا كان ما يمكن تبيته بالدفن المتعاد ولم يتبين للمشتري لعدم خبرته ، لم يكن هناك محل لضمان العيب . ولكن يكون للمشتري أن يتسك بالتدليس إذا قصد البائع إخفاء عيب عن المشتري فحاشاً به بالرغم من أن المشتري كان لا يتبينه حتى لو لم يخفه منه البائع . فيما يقوم بالتدليس دون أن يقوم ضمان العيب ( أنظر آتياً فقرة ٣٦٧ في الخامس ) .

البائع إخفاؤه عن المشتري غشاً معه ، فيجوز للمشتري عند ذلك رفع دعوى ضمان العيب أو رفع دعوى التدليس (١) .

والفروق بين الدعويين كبيرة كالفروق التي بين دعوى ضمان العيب ودعوى الغلط . ففي التدليس يجب أن يكون البائع ، لاسيما النية فحسب ، بل أيضاً مدلساً أى أن يكون قد عمد إلى طرق احتيالية لبوقع المشتري في الغلط ، أما في ضمان العيب فيصح أن يكون البائع حسن النية (٢) . وفي التدليس يصح أن يكون البيع بالمراد القضائي أو الإداري ، ويمتنع ذلك في ضمان العيب . وفي التدليس يجب رفع الدعوى خلال ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة كما في الغلط ، أما في ضمان العيب فيجب رفع الدعوى بعد الإخطار بالعيب خلال ثلاث سنوات من وقت تسلّم المبيع . وفي التدليس يحكم القاضي بإبطال البيع فيزول بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن فيسترد المشتري الثمن مع التعويض ويرد المبيع ، أما في العيب اتفق فيبقى البيع وقد يرد المشتري المبيع وقد لا يرده ويقضى من البائع تمويضاً يشتمل على عناصر معينة غير عناصر التعويض في التدليس .

#### ٣٨٤ - التمييز بين ضمان العيوب الخفية والفسخ لعدم التنفيذ :

وقد يتلاقى ضمان العيب مع الفسخ لعدم التنفيذ ، فيتميزان تارة ويختلطان أخرى . يقوم الفسخ لعدم التنفيذ دون أن يقوم ضمان العيب إذا اشترط المشتري مثلاً أن يكون المبيع في حالة جيدة ، فيثبت أنه ليس في هذه الحالة وإن كان في حالة صالحة تماماً للأغراض المقصودة منه ، فيجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لالتزامه من تسليم المبيع في حالة جيدة ، ولكن لا يجوز له أن يرجع على البائع بضمان العيب لأن المبيع خال من كل عيب وهو صالح لغرض المقصود (٣) . ويقوم ضمان العيب دون أن يقوم الفسخ لعدم التنفيذ إذا

(١) ميدان ١١ فقرة ٢٦٥ - بلانجيل وريير وعامل ١٠ فقرة ١٢٦ ص ١٢٨ .

(٢) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٣٠ .

(٣) وبمثل ذلك أيضاً أن يشترط المشتري أن يكون المبيع مصنوعاً من مادة معينة ، فإذا به مصنوع من مادة أخرى وإن كان صالحاً لغرض المقصود ، فيكون للمشتري دعوى الفسخ لعدم تنفيذ البائع لالتزامه من دعوى ضمان العيوب الخفية . وقد قضت محكمة النقض بأن العيب الذي ترتب عليه دعوى ضمان العيوب الخفية هو الآلة العاطرة التي تغلظ منها لفطرة العلبة المبيع . فإذا كان =

وجد المشتري المبيع في الحالة التي اشترطها ، ولكن وجد به عيباً خفياً ينقص من صلاحيته للغرض المقصود . فعند ذلك يكون المشتري الرجوع على البائع بضمان العيب ، ولكن لا يجوز له أن يطلب فسخ العقد لعدم التنفيذ (١) . وإذا اشترط المشتري أن يكون المبيع في حالة صالحة للغرض المقصود (٢) ، ثم تبين أن المبيع ليس في هذه الحالة ، جاز للمشتري إما أن يرجع بالفسخ لعدم التنفيذ لأن البائع لم ينفذ التزامه من تسليم العين في حالة صالحة للغرض المقصود ، وإما أن يرجع بضمان العيب لوجود عيب في المبيع يجعله غير صالح للغرض المقصود ، فيجتمع هنا الفسخ لعدم التنفيذ وضمان العيب (٣) .

والرجوع بالفسخ لعدم التنفيذ يختلف عن الرجوع بضمان العيب . ففي الرجوع بالفسخ لا يشترط أن يكون المشتري غير عالم بالعيب ، ويشترط ذلك في ضمان العيب . ويجوز الفسخ حتى لو كان البيع بمزاد قضائي أو مزاد إداري ، ولا يجوز ضمان العيب . ومدة التقادم في الفسخ خمس عشرة سنة من وقت إخلال البائع بالتزامه ، وهي سنة واحدة من وقت التسليم في ضمان العيب ، والفسخ يزيل العقد بأثر رجعي فيعتبر كأن لم يكن ، ويرد المشتري المبيع ويسترد الثمن مع التوفيق إن كان له مقتضى . أما في ضمان العيب فالبيع قائم ، وعلى أساسه

---

ما يشكو منه المشتري هو أن المبيع وجد مصنوعاً من مادة غير المادة المتفق عليها ، لذلك لا يعتبر عيباً خفياً موجباً لضرانه . فالحكم الذي يؤسس قضاءه بالفسخ على القول بوجود عيب غني في المبيع هو مخالفة المادة التي صنع منها المادة التي دلت عبارات العقد صراحة على أنها كانت الموضوع المتبر فيه يكون مخالفاً لقانون متيناً نقضه ( نقض مدع ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة مره رقم ٢٩٦ ص ٥٨٧ ) - أنظر أيضاً استئناف مختلط ٥ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤٨ ص ٣٨٨ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٦٩ - ١٥ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣١٣ .

(١) وكذلك لو وجد المشتري المبيع مطابقاً للينة ، ولكن البينة ذاتها كان بها عيب غني ، فحينئذ يكون المشتري دعوى ضمان العيوب الخفية دون دعوى الفسخ لعدم التنفيذ ( بلائيول وريير وهامل ١٠ ص ١٣٨ هامش ١ ) .

(٢) لو كفل البائع المشتري وجود صفات معينة في المبيع ثم تبين أن المبيع خال منها لو من بعضها ، جاز هنا أن يرجع المشتري على البائع بضمان العيوب الخفية كما سبق القول ، وجزأ أيضاً أن يرجع بالفسخ لعدم التنفيذ . ولكل من الدعويين أحكامها الخاصة بها كما سنرى (قارن الأستاذ منصور معطل منصور ص ٢١٨ - ص ٢١٩ ، ويذهب به تردد إل حكس ما نذهب إليه ) .

(٣) بلائيول وريير وهامل ١٠ قرة ١٢٦ ص ١٢٧ .

إما أن يرد المشتري المبيع ويأخذ تعويضاً من المشتري ، وإما أن يستبقى المبيع مع أخذ تعويض (١) .

**٣٨٥ - التمييز بين ضمانه المصوب القبيح والعجز في مقرر المبيع :**  
وقد يكون هناك عجز في مقدار المبيع ، فلا يلتبس ذلك بالعيب الخفي . إذ العجز في مقدار المبيع هو نقص في كنهه ، أما العيب الخفي في المبيع فنقص في صفته ، والنقص في الكم غير النقص في الكيف .

وتختلف دعوى العجز عن دعوى العيب في أن الأولى لا تفترض حسن نية المشتري والثانية تفترض حسن نيته ، وفي أن الأولى تجوز في بيع بالمزاد القضائي أو الإداري والثانية لا تجوز . وتتفق الدهويان في أن مدة التقادم في كل منهما سنة واحدة من وقت التسليم الفعلي ، وفي أن المشتري يستطيع رد المبيع أو استبقائه إذا كان العجز أو العيب جسيماً وليس له رد المبيع إذا كان العجز أو العيب غير جسيم . ولكن في دعوى العجز إذا رد المشتري المبيع يكون ذلك عن طريق فسخ البيع فيزول بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن ، أما في دعوى العيب فلا يكون عن طريق فسخ البيع بل إن البيع يبقى كما سبق القول (٢) .

**٣٨٦ - التمييز بين ضمانه المصوب القبيح وضمانه الاستحقاق الجزئي :**  
يتقارب الاستحقاق الجزئي من العيب من ناحية ما يعود على المشتري من الخسارة بسبب كل منهما ، إلى حد أن المشرع جعل الجزاء واحداً في الاثنين كما رأينا . ولكن الاستحقاق الجزئي لا يفرض وجود عيب في المبيع بل يفرض حقاً للغير عليه ، فالمبيع سليم من ناحية مادته ومعيب من ناحية ملكيته . أما العيب فيفرض وجود عيب فالمبيع لاحقاً للغير عليه ، فالمبيع معيب من ناحية مدته وسليم من ناحية ملكيته . وقد كان القانون الفرنسي القديم يخلط بين الاثنين في حالة ظهور حق ارتفاق على المبيع ، فيعتبر هذا حقاً خفياً ، والصحيح أنه

(١) الأستاذ عبد المنعم البداوي مقرة ٣٤٦ .

(٢) الأستاذ عبد المنعم البداوي مقرة ٣٤٤ .

استحقاق جزئى ، لأن حق الارتفاق حق للغير على المبيع لا عيب فى ذات المبيع .  
ويختلف ضمان الاستحقاق الجزئى عن ضمان العيب الخفى فى أن المشتري  
فى ضمان الاستحقاق لا يشترط أن يكون حسن النية ويشترط ذلك فى ضمان  
العيب ، وفى أن ضمان الاستحقاق جائز فى البيع بالمراد التقضائى أو الإدارى  
وضمان العيب غير جائز ، وفى أن مدة التقادم فى ضمان الاستحقاق خمس عشرة  
سنة من وقت الاستحقاق والمدة فى ضمان العيب سنة واحدة من وقت التسليم .  
ويتفق الاثنان فى الجزاء كما قلنا ، فيجوز للمشتري فى ضمان الاستحقاق  
وفى ضمان العيب رد المبيع أو استبقاؤه إذا كان الاستحقاق أو العيب جسما ،  
ولا يجوز له الرد إذا كان الاستحقاق أو العيب غير جسم ، وإذا رد المبيع فإن  
ذلك لا يكون عن طريق فسخ البيع بل يبقى البيع فى الحالين كما سبق القول (١) .

## الفرع الثانى

### التزامات المشتري

٣٨٧ - **التزامات معلومة** : يلتزم المشتري ، بموجب عقد البيع ذاته  
ودون حاجة إلى ذكر خاص ، بالتزامات ثلاثة : (١) الوفاء بالثمن (٢) تحمل  
مصرفات البيع (٣) تسلم المبيع (٢) .

(١) الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٤٥ .

وقد يكون المبيع غير مشروع فلا يعتبر هذا مجرد عيب فى المبيع ، ويكون البيع باطلا  
(أنسيكلويدى دالوز • لفظ Vice Réd. فقرة ٥ - وعدم المشروعية يرجع إلى اعتبار فى القانون  
أما العيب فيرجع إلى اعتبار فى طبيعة الشيء . وقد يعتبر القانون ميوفاً فى طبيعة الشيء - كما فى  
الأغذية - فيحرمه ، فيجتمع الاعتباران ولكن اعتبار القانون يتطلب فىكون البيع باطلا  
( أنسيكلويدى دالوز • لفظ Vice Réd. فقرة ٢٠ ) . وقد يصل العيب من الجسامة إلى جعل  
المبيع فى حكم الممنوع ، كخمس فاسد أو فاكهة معطوبة أو حق مؤلف سقط ودخل فى الملك العام ،  
فمنذ ذلك يكون البيع عمله معلوم وقت العقد ويكون باطلا لانعدام المحل ، فلا يثار فى هذه الحالة  
العيب الخفى ( الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٤٨ ) .

(٢) يذكر قنطين الموجبات والنفود البنائى (م ٤٦٥) من هذه الالتزامات الثلاثة التزامين :

دفع الثمن وتسلم المبيع .

(م ٤٩٠ - الوسيط ج ٤)

## المبحث الأول

### الوفاء بالثمن

٣٨٨ - التزام الوفاء بالثمن وجزاء الإخلال بهذا الالتزام :  
المشتري ملتزم بأن يقي للبائع بالثمن ، وقد رتب القانون للبائع ضمانات مختلفة  
تكفل له الوفاء بهذا الالتزام وتكون جزاء على الإخلال به .  
فنبحث إذن : (١) التزام الوفاء بالثمن (٢) جزاء الإخلال بهذا الالتزام .

### المطلب الأول

#### التزام الوفاء بالثمن

٣٨٩ - المسائل التي تبحث في هذا الالتزام : نبحث في خصوص  
هذا الالتزام أمرين : أولاً - على أى شيء يقع التزام الوفاء بالثمن . ثانياً -  
الزمان والمكان اللذين يجب فيهما الوفاء بهذا الالتزام .

### ١٥ - على أى شيء يقع التزام الوفاء بالثمن

٣٩٠ - الثمن والفوائد : يشمل التزام الوفاء بالثمن : (١) دفع الثمن  
المتفق عليه (٢) ودفع فوائد الثمن في بعض الأحوال .

٣٩١ - رفع الثمن - اعادة : دفع الثمن هو الالتزام الأساسي الواجب  
على المشتري (١) ليقابل الالتزام الأساسي الواجب على البائع بنقل ملكية المبيع ،

---

(٢) وليس من الضروري أن يكون المشتري هو الملتزم بدفع الثمن ، فقد يلتزم الغير في نفس  
حقد البيع بدفع الثمن وتكون ملكية المبيع للمشتري (جورمان ٢ فقرة ١٠٢٧ - وانظر أيضاً =

إذ البيع إنما هو نقل ملكية المبيع في مقابل دفع الثمن .

والثمن هو مبلغ من النقود يتفق عليه المتبايعان (١) . وقد قلّمنا عند الكلام في الثمن (٢) أن الثمن يجب أن يكون نقوداً ، وأن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير ، وأن يكون جديداً أي لا يكون صورياً ولا تافهاً . فإذا توافرت هذه الشروط في الثمن ، فقد صح ، وأصبح واجب الوفاء بالشروط التي يقررها العقد وفي الزمان والمكان اللذين ستيينهما فيما يلى . ومصرفات الوفاء بالثمن ، كتفقات إرساله عن طريق البريد أو عن طريق مصرف أو عن أى طريق آخر ، تكون في الأصل على المدين به أى على المشتري طبقاً للمادة ٣٤٨ مدنى وهى تنص على أن « تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » . وطرق الوفاء بالثمن وشروط صحة الوفاء تخضع للقواعد المقررة في الوفاء بالالتزام ، كما يجوز للمشتري عرض الثمن على البائع وإبداعه لحسابه إذا وجد سبب يدعو إلى ذلك ويكون هذا وفقاً للقواعد المقررة في العرض والإبداء .

وقد كان المشروع التمهيدى للتفتين الذى الجديد يشتمل على نص في هذا الخصوص هو المادة ٦٠٢ من هذا المشروع ، وكانت تقضى بأن « يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه بالشروط التي يقررها العقد ، وهو الذى يتحمل نفقات

---

فقرة ٢٠٣ في المامش . وتكون العلاقة ما بين البائع والمشتري هي العلاقة ما بين المتبايعين ، فيلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسليمه إياد وضمان التبرص والاستحقاق والعيوب الخفية ، ويلتزم المشتري بتسلم المبيع . ولكن التأثير هو الذى يلتزم نحو البائع بدفع الثمن والمصرفات ، فتكون علاقته بالبائع علاقة معارضة ، أما علاقته بالمشتري فتكون علاقة تبرع إذا كان متبرعاً له بالثمن ، أو بمقابل إذا كان ينى له ديناً أو يعطيه قرضاً أو نحو ذلك ( بلانيول وريبير وبولانيه ٢ فقرة ٢٤٩٣ - أنسيكلويدى دالوز ه لفظ vente فقرة ١٥٦٧ - فقرة ١٥٦٩ ) .

(١) وقد يقل الثمن الذى يلتزم المشتري بدفعه عن الثمن المتفق عليه كما في حالة استغلال البائع للمشتري ، وقد يزيد كما في حالة الشراء لمقار القاصر بدين فاحش ( الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٧٣ - الأستاذ جميل الشراوى فقرة ٧٨ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٩ ص ٢٢١ ) .

(٢) انظر آتياً فقرة ٢٠٣ وما بعدها

الوفاء (١). وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد في هذا الصدد : « هذه النصوص تقرر التزام المشتري بدفع الثمن ، وتبين ما الذي يجب أن يدفعه وفاء لهذا الالتزام . فهو يدفع الثمن المتفق عليه بالشروط التي يقررها العقد ، فقد يتفق على أن يدفع الثمن أقساطاً أو جملة واحدة . ويتحمل نفقات الوفاء وفقاً للقواعد العامة لأنه هو المدين بالثمن ، فعليه نفقات البريد أو غير ذلك من وسائل النقل إذا حل الثمن إلى مكان بيعه (٢) . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأنه مستفاد من القواعد العامة (٣) .

### ٣٩٢ - رفع الفوائد - النصوص القانونية : وتنص المادة ٤٥٨ :

من الثنتين المدنى على مايتأتى :

١ - لاحق للبائع فى القوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعلن المشتري أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره .

٢ - وللمشتري ثمر المبيع وثماره من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره (٤) .

(١) وكان هذا النص يقابل فى الثنتين المدنى السابق : م ٢٢٨/٤٠٦ - يجب على المشتري وفاء الثمن فى المهاد والمكان الميعين فى عقد البيع وبالشروط المتفق عليها فيه . م ٢٨٤ - ٣٥٦ - ومصاريف المشال ومصاريف دفع الثمن تكون على المشتري ، وهذا إن لم يقض العرف التجارى بخلاف ذلك فى جميع الأحوال .

(٢) والكم واحد فى الثنتين السابق والجديد - انظر أيضاً م ٧١ هـ عراق وم ٦٦ لبنان .

(٣) مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ١٤٠ .

(٤) مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ١٢٨ - ص ١٢٩ فى الحاش .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادتين ٦٠٣ و ٦٠٤ من المشروع التهيدى على الوجه الآتى :

م ٦٠٣ : لا يتقاضى البائع فوائد قانونية عن ثمن إلا إذا أعلن المشتري ، أو إذا أسلمه الشيء للمبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو أية أرباح أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره - م ٦٠٤ : للمشتري ثمر المبيع وثماره من وقت أن يصبح الثمن مستحقاً ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره . وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان فى مادة واحدة من فقرتين للارتباط ==



ويقابل هذا النص في التقنين المدني المادة ٤١٠/٣٣٠ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري  
المادة ٤٢٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٤٧ - وفي التقنين المدني العراقي  
المادة ٥٧٢ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٣٩٦ و ٤١٧ (٢) .

---

== الوثيق بينهما ، واقترح تعديل الحكم الخاص باستحقاق المشتري ثمر المبيع ونماله وجعل  
الاستحقاق يبدأ من وقت التسليم ، واقترح تعديل مصاد بمعدل الاستحقاق من وقت انعقاد البيع ،  
فأقرت اللجنة الاقتراح الأخير . وأصبحت المادة مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني  
الجديد ، وصار رقمها ٤٧١ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ  
تحت رقم ٤٥٨ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٨ - ص ١٣٩ وص ١٤١ -  
ص ١٤٢ ) .

(١) التقنين المدني السابق م ٤١٠/٣٣٠ : إذا لم يحصل الاتفاق في عقد البيع على احتساب  
قوائمه الثمن ، لا يكون البائع حق فيها إلا إذا كلف المشتري بالدفع تكليفاً رسمياً ، أو كان المبيع  
الذي سلم ينتج منه ثمرات أو أرباح أخرى .  
( وحكم التقنين السابق يتفق مع حكم التقنين الجديد ، إلا أن التقنين الجديد زاد الفقرة الثانية  
من المادة ٥٥٨ الخاصة بتملك المشتري ثمرات المبيع ، هذا إلى أنه لم يشترط لاستحقاق القوائد  
أن ينتج المبيع ثمرات كما اشترط التقنين السابق بل يكفي أن يكون المبيع قابلاً لإنتاج الثمرات :  
للمذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤١ ) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٦ (مطابقة المادة ٥٥٨  
مصري - وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٢٧ - فقرة ٢٢٨) .  
التقنين المدني الليبي م ٤٤٧ (مطابقة المادة ٤٥٨ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٧٢ : ١ - لا حق للبائع في القوائد القانونية من الثمن المستحق  
الأداء إلا إذا أعذر المشتري أو سلمه الشيء المبيع وكان هذا قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات  
أخرى ، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره . ٢ - والزيادة الحاصلة في المبيع  
بعد العقد وقبل قبض القبض ، كالثمرة والنتاج ، تكون حقاً للمشتري ، وعليه تكاليف المبيع ،  
ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

( ويتفق التقنين العراقي مع التقنين المصري ، إلا أن التقنين العراقي لا يوجب القوائد القانونية  
عن الثمن إلا إذا كان مستحق الأداء ، أما إذا كان الثمن مؤجلاً فالقوائد لا تكون إلا باتفاق  
على ذلك ولو سلم المشتري المبيع القابل لإنتاج الثمرات - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ  
حسن الذنون فقرة ٢٧٨ - فقرة ٢٨٥ - الأستاذ عباس حسن المراف فقرة ٥٥٧ -  
فقرة ٥٦٤ ) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٩٦ : يجب على المشتري منذ صيرورة العقد تاماً - ==

ويخلص من هذا النص أن الأصل هو أن يملك المشتري ثمر المبيع ونماءه متحملاً لنفقاته من وقت تمام البيع ، ويقابل تملك المشتري للثمر والنماء أن يدفع للبائع الفوائد القانونية للثمن وقت تمام البيع أيضاً إن لم يكن قد دفع له الثمن فوراً عند البيع . فنعرض إذن لثنتين المسألتين : (١) تملك المشتري ثمر المبيع ونمائه من وقت تمام البيع وتحمل نفقاته من هذا الوقت (٢) دفع المشتري للبائع الفوائد القانونية للثمر .

### ٣٩٣ - تملك المشتري ثمر المبيع ونمائه ونحوه لنفقاته : قدمنا أن

من النتائج التي تترتب على أن البيع ينقل ملكية المبيع للمشتري أن يكون ثمر المبيع ونمائه للمشتري باعتباره مالكا له (١) . وبينما أن استحقاق المشتري للثمرات والنماء لا يرجع إلى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع فتسلم إليه مع المبيع ، بل يرجع إلى أن المشتري قد أصبح مالكا للمبيع وباعتباره مالكا يملك ثمر ملكه ونماء هذا الملك ويكون عليه تكاليفه (٢) .

وتترتب على ذلك أن المشتري لا يملك ثمر المبيع ونمائه إلا من وقت أن تنتقل إليه ملكية المبيع . والملكية في الشيء المعين بالذات تنتقل بالعقد ، أي من وقت تمامه ، إذا كان المبيع منقولا . وتنتقل كذلك بالعقد إذا كان المبيع عقاراً على أن يسجل العقد ، فإذا ما سجل اعتبرت الملكية منتقلة - فيما بينه وبين البائع - بأثر رجعي من وقت تمام العقد (٣) . فيخلص من ذلك أن المشتري

---

= ما لم يكن ثمة نص مخالف - أن يتحمل - أولاً - الضرائب والتكاليف وسائر الأعباء المترتبة على المبيع . ثانياً - نفقات حفظ المبيع ومصاريف تحصيلها . ثالثاً - مخاطرة العين المعينة . م ٤١٧ : إن جميع منتجات المبيع وجميع زياداته المدنية والطبيعية تصبح ملكاً للمشتري من تاريخ إتمام البيع . ويجب أن تسلم إليه مع المبيع - ما لم يكن هناك نص مخالف . ( وتنقذ أحكام التقنين اللبناني مع أحكام التقنين المصري فيما يتعلق بثمرات المبيع ونمائه وتكاليفه . أما الفوائد فلم يرد نص في شأنها في التقنين اللبناني ويبدو أن القواعد العامة هي إرجاعية التطبيق في هذه المسألة ) .

(١) أنظر آتياً فقرة ٢٣٩ .

(٢) أنظر آتياً فقرة ٢٨٢ .

(٣) أنظر ما لفتناه في هذه المسألة آتياً فقرة ٢٨٣ .

يتملك الثمرات والثمار ، في المنقول والعقار على السواء ، ما دام المبيع شيئاً معيناً بالذات ، من وقت تمام العقد كما يقول النص (م ٤٥٨/٧ مدني) (١) . ويستوى في بيع العقار أن يكون المبيع مسجلاً أو غير مسجل ، ما دام للتسجيل أثر رجعي فيما بين المشتري والبائع كما قدمنا . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « والبيع غير المسجل كالبيع المسجل من حيث استحقاق المشتري للثمرات » (٢) . أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بنوعه ، فقد رأينا أن ملكيته لا تنتقل إلا بالإفراز ، ومن وقت الإفراز أيضاً يملك المشتري ثمرات المبيع ونعماءه سواء تم التسليم عند الإفراز أو بعده . فاذا تراخى التسليم عن الإفراز ، كانت ثمرات المبيع ونعماءه الحاصلة من وقت الإفراز إلى وقت التسليم ملكاً للمشتري ، لأنه هو المالك للمبيع كما سبق القول (٣) .

وثمرات المبيع تشمل الثمرات الطبيعية كالحاصلات ولبن الحيوان ، والثمرات

---

(١) وقد فُتت محكمة النقض بأن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشتري وبذلك تكون له ثمرته من تاريخ إبرام العقد حتى لو كان الثمن مؤجلاً ، وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف . وإذا كان الثابت في عقد البيع أن المشتري لم يدفع الثمن إلى البائع إنما التزم بدفعه رأساً إلى البنك المرتهن لأطيان البائع الشائعة فيها الأطيان المبينة خصماً من دين الراهن ، فإن ربيع الأطيان المبينة يكون من حق المشتري من يوم إبرام عقد البيع الصادر إليه ، حتى ولو لم يتم بتنفيذ التزامه بدفع الثمن إلى البنك المرتهن ( نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام للنقض ٢ رقم ٦٧ ص ٣٥١ ) . وقضت محكمة استئناف أسبوط بأن المشتري الراس على المزار ما المشتري العادي من الحقوق ، ومن ضمن ذلك استحقاقه لثمرات العين من يوم مرسى المزار عليه . فإذا لم يتم بدفع الثمن طبقاً لشروط قائمة المزار ، فلقد اتين أو المدين في هذه الحالة إرغامه على الدفع بالطرق الجبرية واحتساب قافلة على الثمن من يوم مرسى المزار في حالة ما إذا كانت العين مثمرة أو من يوم تكليفه بالوفاء تكليفاً رسمياً إذا لم تكن كذلك ( استئناف أسبوط ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ مجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١١٥ ص ٢٧١ ) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠ .

(٣) ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على أن يكون المشتري ثمار المبيع من أى وقت آخر ، من تاريخ سابق على تسجيل العقد أو على البيع نفسه أو على تسليمه ، فيجوز إذن أن يتفقوا على أن يكون لإعمار الأطيان المبينة للمشتري من تاريخ العقد الابتدائي ، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمناً من الاتفاق على أن يكون تسليم الأطيان من تاريخ العقد الابتدائي ( نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام للنقض ٢ رقم ١٠٦ ص ١٣٦ ) .

المدينة كالربيع والأجرة (١) . ويدخل أيضاً المنتجات (produits) ، وهى التى لا تتجدد ، كما هو الأمر فى المناجم والحاجر ونحوها (٢) .

ونماء المبيع ، ككبير الحيوان وسمته ونتاجه (٣) ، يكون للمشتري من وقت تمام البيع كما فى الثمرات .

ومتى ثبت للمشتري الحق فى ثمرات المبيع ونمائه من وقت البيع ، فعليه من هذا الوقت أيضاً تكاليفه ، كالضرائب ونفقات حفظ المبيع وصيانته ونفقات الاستغلال ومصروفات تحصيل الثمرة ونحو ذلك (٤) ، لأن المبيع لم ينتج هذه الثمرات إلا بعد هذه التكاليف والغرم بالغنم (٥) .

وغنى عن البيان أن هذه الأحكام كلها ليست من النظام العام ، فيمكن الاتفاق على ما يخالفها ، كأن يشترط البائع أن تكون له ثمرات المبيع مدة معينة أو إلى وقت التسليم ، أو يشترط المشتري أن تكون تكاليف المبيع أو الضرائب على البائع إلى وقت التسليم (٦) .

---

(١) وقد قفست محكمة النقض بأن وجود عقد إجارة ثابت التاريخ قبل البيع ليس من شأنه أن يحصر حق المشتري فى الثمرة من تاريخ البيع ، فإذا كان المستأجر قد احتفظ بالأجرة فعليه أن يؤديها إلى المشتري من هذا الوقت ، أما إذا كان قد أداها إلى البائع ، فمل البائع أن يردّها إلى المشتري (نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة محرر رقم ١٦ ص ٢٦) . وقفت أيضاً بأن إذا جاء فى عقد بيع حصة من منزل ، أن المشتري ينتفع بإيجارات حصته التى اشتراها ، وأن الإيجار الحالى لهذه الحصة هو كذا ، وأنه إذا لم يتيسر للمشتري قبض حصته بموجب عقود الإيجار يحق له أن يضم الإيجار الذى يضمه من ثمن المبيع ، واستدلّت المحكمة بذلك على أن المراد هو جعل المشتري مستحقاً لثمرة الحصة المبيعة مقدرة فى السنة الأولى بما كانت هذه الحصة مؤجرة به أى بمبلغ كذا ، ومقدرة فيما يبدى فى السنوات التالية بما تؤجر به فى واقع الأمر وإن نقص مما كانت مؤجرة به فى السنة الأولى ، ثم دعت حكمها على مقتضى هذا التفسير بما يؤيده باعتبارات معقولة ، كان الحكم بعيداً من رقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة محرر رقم ٢٢٨ ص ٦٤٦) .

(٢) انظر م ٤١٧ من تقنين الموجبات والعقود البتات آفا فقرة ٣٩٢ فى الماشى .

(٣) وقد يدخل نتاج الحيوان أيضاً فى المنتجات .

(٤) انظر م ٣٩٦ من تقنين الموجبات والعقود البتات (انظر آفا فقرة ٣٩٢ فى الماشى) .

(٥) للمذكرة الإيضاحية لمشروع التهنيدى فى مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ١٤٠ .

(٦) للمذكرة الإيضاحية لمشروع التهنيدى فى مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ١٤٠ - =

### ٣٩٤ - من قسوى الفوائد القانونية على الثمن - وإذا كان المشتري

لم يدفع الثمن إلى البائع ، سواء كان الثمن حالا واجب الدفع فوراً أو كان مقسماً  
أو كان مؤجلاً إلى وقت معين ، فإنه لا يكون مسئولاً عن فوائد هذا الثمن إلا  
في حالات ثلاث وردت في الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ مدنى :

أولاً - إذا وجد اتفاق بين البائع والمشتري على أن المشتري يدفع فوائد عن  
الثمن المستحق في ذمته . وتكون الفوائد في هذه الحالة فوائد اتفاقية لا فوائد  
قانونية ، وللمتعاقدين الاتفاق على سعرها بحيث لا يزيد هذا السعر على ٧ ٪  
وفقاً للقواعد المقررة في الفوائد الاتفاقية ، وتستوى في ذلك المسائل المدنية  
والمسائل التجارية . ويمكن بطبيعة الحال أن يتفق المتعاقدان على فوائد بالسعر  
القانونى ، فيكون سعر الفوائد في هذه الحالة ٤ ٪ في المسائل المدنية و ٥ ٪  
في المسائل التجارية ، ولكنها مع ذلك تبقى فوائد اتفاقية لأنها لا تستحق بموجب  
حكم القانون بل بموجب الاتفاق (١) . والاتفاق هو الذى يحدد من أى وقت  
تسرى الفوائد المتفق عليها ، فقد يتفق على سريانها من وقت البيع ، أو من  
وقت حلول الأجل المتفق عليه لدفع الثمن ، أو من وقت تسلم المشتري للبيع  
ولو لم يكن قابلاً أن ينتج ثمرات أو لإبرادات أخرى (٢) . ويغلب أن يتفق  
المتعاقدان على الفوائد إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسماً ، فيشترط البائع على المشتري

---

== من ١٤١ - وقد يقضى العرف بأن يكون نتاج الحيوان مثلاً البائع حتى وقت التسليم ، أو أن  
تكون الضراب عليه إلى هذا الوقت .

(١) وكذلك إذا اتفق المتعاقدان على فوائد دون تحديد سعرها ، فيكون هو السعر القانونى  
وتبقى الفوائد فوائد اتفاقية (بودى وسيتيا فقرة ٥٢١ ص ٥٥٧ - بلانيل وريبير وهامل ١٠  
فقرة ١٤٧ ص ١٦٧) . وإذا اتفق المتعاقدان على سعر أقل من السعر القانونى ، سرت الفوائد  
بالسعر المتفق عليه ، فإذا حل الثمن كان البائع أن يملأ المشتري بالدفع ومن وقت الإصدار تسرى  
الفوائد بالسعر القانونى لا بالسعر المتفق عليه (أوبرى ورو ٥ فقرة ٢٥٦ هامش رقم ٢٠  
ثالثاً - بودى وسيتيا فقرة ٥٢٩ - بلانيل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٩) .  
(٢) فإذا لم يحدد الاتفاق وقتاً لسريان الفوائد ، سرت من وقت تمام البيع . ويكون ذلك  
بوجه خاص إذا سبق البيع ودفع الثمن وكان هناك لتتفق على دفع فوائد من الثمن دون أن يبين  
موعد سريانها ، فلا تسرى هذه الفوائد إلا من وقت أن يتقبل الوعد بالبيع بتماماً (بودى وسيتيا  
فقرة ٥٣٠ - بلانيل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٧ هامش ١) .

أن يدفع فوائد بسعر يتفق عليه من وقت ثبوت الثمن في ذمة المشتري ، أى من وقت تمام البيع ، إلى وقت الوفاء بالثمن أو بكل قسط من أقساطه (١) . ولكن لا يوجد ما يمنع البائع من أن يشترط على المشتري دفع فوائد بسعر يتفق عليه حتى لو كان الثمن حالا واجب الدفع بمجرد تمام البيع ، فيكون على المشتري في هذه الحالة أن يدفع الثمن فوراً فلا تجب عليه فوائد ، فان تأخر في دفعه كان للبائع أن يتقاضى منه الثمن بالطرق القانونية مع الفوائد المتفق عليها إلى يوم دفع الثمن .

وقد لا يوجد اتفاق على الفوائد ، ولكن يوجد عرف يقضى بدفعها ، كما إذا كان الثمن يدخل في حساب جاري بين المشتري والبائع ، ويقضى العرف بحساب الفوائد القانونية على الحساب الجارى .

ثانياً — فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف ، تكون فوائد الثمن مستحقة من وقت تسلم المشتري المبيع إذا كان هذا المبيع قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات

(١) وقد يتفق المتعاقدان على دفع فوائد بسعر معين من ثمن مؤجل على أن تسرى هذه الفوائد من وقت البيع إلى وقت حلول الأجل لا إلى وقت الدفع الفعل . فتنتقل في هذه الحالة الفوائد الاتفاقية عند حلول الأجل ، والبائع بعد ذلك ، إذا أعذر المشتري أن يدفع الثمن أو سلمه المبيع وكان قابلاً أن ينتج إيرادات ، حتى في الفوائد القانونية من وقت الإضرار أو من وقت تسليم المبيع ( بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٧ ، ويشيرون إلى حكم لهيئة النقض الفرنسية في أول ديسمبر سنة ١٩٤٧ سيريه ١٩٤٨ - ١ - ٢٣ ) .

والأصل أن الفوائد متى سرت ، في أية حالة من الحالات الثلاث التي تسرى فيها الفوائد ، فإنها لا تنقطع إلا عند الدفع الفعل للثمن أو عند استحقاق المبيع ، ما لم يوجد اتفاق مخالف . وبعد الدفع الفعل للثمن العرض الحقيقي والإيداع وفقاً للقواعد المقررة . ولا يقف سريان الفوائد أمر آخر ، فلا تنقطع الفوائد بمجرد تحفظ كل الثمن بوقفه دائن البائع تحت يد المشتري ، ولا بمبىء المشتري الثمن في الأحوال التي يجوز له فيها ذلك ( أوبري وروه فقرة ٣٥٦ ص ١٠٣ - بودي وسينيا فقرة ٥٣١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٩ مائش رقم ٧ ) .

ويشترط لمسة العرض والإيداع ، حتى ينتقل سريان الفوائد ، أن يكون العرض خالياً من أى شرط لا يحل للمشتري فرضه ، فلا يجوز أن يشترط المشتري في العرض إضفاء البائع لمقد البيع النهائي في حين أن المشتري سبق له أن حصل على حكم بمسمة إضفاء البائع وهو حكم يقوم مقام التصديق على الإضفاء ويمكنه من تسجيل المقد (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمره رقم ٣٥٠ ص ١٦٩) .

أخرى (١) وليس ضرورياً أن ينتج المبيع فعلاً ثمرات أو إيرادات ، بل يكفي أن يكون قابلاً لإنتاج ذلك (٢) . فإذا كان المبيع منزلاً يصلح للاستغلال أو أرضاً تصلح للزراعة وسلمها البائع للمشتري ، فإن الفوائد القانونية على الثمن تستحق على المشتري من وقت تسلم المبيع حتى لو لم يكن المنزل مؤجراً أو لم تكن الأرض مزروعة أو مؤجرة . ويحسن التوسع في تفسير عبارة « ثمرات أو إيرادات أخرى » ، فإذا كان المبيع سيارة خاصة وسلمها البائع للمشتري وجبت الفوائد القانونية على المشتري من وقت تسلم السيارة ولو أنها غير معدة للأجرة بل هي للاستعمال الخاص ، ذلك أن السيارة حتى لو كانت غير معدة للأجرة قابلة أن تنتج ريعاً (٣) . أما إذا كان المبيع أرضاً فضاء للبناء ولا تصلح لغير ذلك ، فهي غير قابلة لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى ، فلو سلمها البائع للمشتري لم تستحق الفوائد من

---

(١) استئناف مصر ٥ يونيو سنة ١٩٤٠ المحبوعة الرسمية ٤٢ رقم ١١٣ - بنى سويت الكلية ١٥ أبريل سنة ١٩٤١ المحبوعة الرسمية ٤٣ رقم ٨١ - استئناف مخطوط ٣١ يناير سنة ١٩٥٧ م ١٩ ص ١٢٩ - ١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧ ( ولا تخضع الفوائد للتقادم المسمى لأنها تمويف ) - أول مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١١٢ - ٢٣ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩٥ - ١٢ يناير سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ٦٦ ( ولا تسقط الفوائد بالتقادم المسمى ) .

(٢) أما في التقنين المدني السابق - فيجب وفقاً للمادة ٢٣٩/٤١٠ أن يكون المبيع ينتج فعلاً ثمرات أو أرباحاً أخرى . والمبرة بتاريخ تمام البيع ، فإن كان قبل ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت أحكام التقنين السابق ، وإلا فأحكام التقنين الجديد .

(٣) ونص التقنين المدني المصري ( م ١/٤٥٨ ) يختلف عن نص التقنين المدني الفرنسي ( م ١٦٥٢ ) ، فقد ورد في نص التقنين المصري : « وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى » وورد في التقنين الفرنسي : « إذا كان الشيء المبيع الذي تم تسليمه ينتج ثماراً أو أي ريع آخر » ( *si la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus* ) . ومن هنا يتسع النص المصري لما لا يتسع له النص الفرنسي . فحق المستأجر في الإيجار لا ينتج إيراداً في القانون الفرنسي ( بلانيرك وريبير وهامل ١٥ ص ١٦٨ هامش ٣ ) وهو قابل لذلك إذا كان يمكن الإيجار من الإيجار في القانون المصري . ويقب الفقه في القانون الفرنسي إلى أنه يجب الوقوف عند وقت البيع لمعرفة ما إذا كان المبيع ينتج إيراداً ولو كان قد الإيجار ينتهي بد البيع ، وكذلك الأرض المزروعة وقت البيع تنتج إيراداً ولو لم يستمر المشتري في زراعتها ( بودي وسينيا فقرة ٥٢٤ ) .

وقت التسليم إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك (١) .

ومنى سلم البائع المبيع القابل لإنتاج إيراد للمشتري ولو تسليماً حكماً (٢) وسواء تسلم المشتري المبيع أو لم يتسلمه (٣) ، وجبت فوائد الثمن من غير حاجة إلى وجود اتفاق على ذلك ، ما دام لا يوجد اتفاق على العكس كأن يشترط المشتري في عقد البيع على البائع ألا يدفع فوائد عن الثمن حتى بعد تسليم المبيع . ويجب الفوائد على الثمن بمجرد تسليم المبيع القابل لإنتاج الإيرادات ، سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً أو مقسطاً (٤) . والفوائد الواجبة هي الفوائد القانونية وسعرها ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية ، وتسرى من وقت

(١) وكذلك إذا كان المبيع كتاباً أو صورة زيتية أو مصاعاً ، فهذه الأشياء غير قابلة لإنتاج أرباح ( الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٣٤ ص ٣٩٧ ) . وهذا الحكم محل النظر ، فإن الأرض القفصاء والكتاب والصورة والمصاغ يمكن الانتفاع بها باستعمالها وإن لم تكن قابلة لإنتاج إيراد ، وكان الأول من ناحية السياسة التشريعية أن تستحق الفوائد من وقت تسليم المبيع سواء كان قابلاً لإنتاج إيراد أو غير قابل لذلك ( أنظر في هذا المعنى لوران ٢٤ فقرة ٣٣٣ - بودري وسينيا فقرة ٥٢٢ - بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٩ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٤٢ - وقارن بلانويول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ٢٤٩٨ ص ٧٧٥ ) .

(٢) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٠١ - الأستاذ عبد الممنم البدراني ص ٥٢٧ .

(٣) ويمكن إغذار البائع المشتري أن يتسلم المبيع ( بودري وسينيا فقرة ٥٢٥ ) .

(٤) بودري وسينيا فقرة ٥٢٦ - بلانويول وريبير ١٠ ص ١٦٧ هامش ٦ - وقد قفت محكمة النقض بأن حق البائع في فوائد الثمن إذا كان المبيع الذي سلم ينتج منه ثمرات أو أرباح أخرى يقوم على أساس من العدل الذي يأتي أن يجمع المشتري بين يديه ثمرة البديلين ، المبيع والثمن . ولذلك حق أن يكون على المشتري فوائد ثمن المبيع المثلر الذي تسلمه من يوم تسلمه ، ولا يفت جريان هذه الفوائد أن يكون الثمن أو أن يصبح غير مستحق الأداء حالاً ، كأن يكون مؤجلاً أصلاً أو لعل طارئة أو يكون محبوساً عليه أو محبوساً تحت يد المشتري . وإذن فالمشتري لا يستطيع أن يتسلم بأنه غير ملزم بفوائده عن باقي ثمن المبيع حتى لو صبح ما يدعيه من أن الثمن ما كان مستحق الأداء لعدم تسليم البائع إياه مستندات التملك أو لتخلفه عن تحرير العقد النهائي متى كان قد وضع يده على الأرباح المبيعة ( نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٠ ص ١٧٩ ) ، أو حتى لو كان الثمن غير مستحق الأداء حالاً لسبب يرجع إلى البائع نفسه كأن يكون تأجيل الثمن بسبب إهمال البائع ليستجمع أوراقه التي تثبت ملكيته ليستطاع تحرير العقد النهائي ( نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٩١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٦ ص ١٣٦ ) . وانظر في أنه لا يجوز للمشتري أن يجمع بين ثمرات المبيع وفوائده الثمن : استئناف غنط ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٥ - ٣ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٤٤ ص ٤ .



تسليم المبيع وتبقى صادرة إلى يوم الدفع . وظاهر أن هذا الحكم استثناء نص عليه القانون من القاعدة التي تقضي بأن الفوائد القانونية لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية . وبرر هذا الاستثناء أن الثمن هو الذي يقابل المبيع ، فحق سلم المشتري المبيع وهو قابل لإنتاج ثمرات ولم يكن قد دفع الثمن ، ففوائد الثمن هي التي تقابل ثمرات المبيع فتجب على المشتري إلى أن يدفع الثمن (١) .

وقد ذكرنا فيما تقدم أن الثمرات والنماء مستحقة للمشتري من وقت تمام البيع ، فكان الواجب أن تستحق الفوائد على المشتري - وهي التي تقابل الثمرات والنماء كما رأينا - من هذا الوقت أيضاً ، أي من وقت تمام البيع لا من وقت تسليم المبيع . وهذا هو الذي يقع فعلاً (٢) ، إلا أن ثمرات المبيع ونمائه من وقت البيع إلى يوم التسليم تقاص في فوائد الثمن ، فلا يأخذ المشتري شيئاً منها إلا من يوم

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « ولما كان الثمن هو الذي يقابل المبيع ، وفوائد الثمن هي التي تقابل ثمرات المبيع ، فإنه إذا استحق الثمن وأخذ المشتري بالدفع ، كان الثمن وفوائده البائع والمبيع وثمراته للمشتري ، وفي أية حال يتمكن فيها المشتري من الاستيلاء على ثمرات المبيع ، حتى لو لم يكن الثمن مستحقاً ، فإنه يلتزم بدفع الفوائد بالسعر القانوني ، كما إذا سلم البائع المبيع وكان قابلاً أن ينتج ثمرات أو أية أرباح أخرى ولو لم ينتج ذلك بالفعل » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠ ) .

وتسرى هذه الأحكام حتى لو كان البيع بالمراد ، فالمشتري الراسي عليه المزداد ثمرات العين من يوم رسو المزداد ، وعليه الفوائد طبقاً لشروط قائمة المزداد أو بعد الإعذار أو بعد تسليم العين إذا كانت قابلة لإنتاج ثمرات أو أرباح أخرى ( الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٠ ص ٣٧٦ - ص ٣٧٧ ) . أما في نزاع الملكية المنظمة العامة ، فقد نصت المادة ١٦ من قانون نزاع الملكية ( رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ ) على أنه « يكون لصاحب الشأن في العقار الحق في تمويض مقابل عدم الانتفاع به من تاريخ الاستيلاء الفعل لحين دفع التمويض المستحق عن نزاع الملكية . . . » ( الأستاذ عبد النعم البدراوي فقرة ٣١٧ ) .

(٢) فإذا كان المتبايعان قد اتفقا على ميعاد لتسليم المبيع ، فقد اتفقا ضيقاً على أنه منذ هذا اليوم يبدأ سريان الفوائد ، أما قبل ذلك فتكون هناك مقاصة ما بين الفوائد والثمرات ، وإذا لم يتفق المتبايعان على ميعاد لتسليم ، فالتمسليم واجب فوراً ، وما على البائع إلا أن يعذر المشتري أن يتسلم المبيع حتى تجب الفوائد من يوم البيع كما يمتلك المشتري الثمرات والنماء من هذا اليوم أيضاً ( بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٨ - ص ١٦٩ - وأنظر بودري وسينيا فقرة ٢٥ - وقارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٠١ هامش ١ والأستاذ منصور مصطفي منصور ص ٢٢٣ - ص ٢٢٤ ) .

التسليم ، وفي نظير ذلك لا يكون مستولا عن الفوائد إلا من هذا اليوم كما يقضى النص (١) .

ثالثاً - فإذا لم يسلم المشتري المبيع أو تسلمه ولم يكن قابلاً أن ينتج إراداً ، ولم يكن هناك اتفاق على أن يدفع المشتري فوائد عن الثمن ، فإن الفوائد لا تستحق على الثمن إلا في حالة واحدة هي أن يكون الثمن مستحق الوفاء (٢) ، وأعذر البائع المشتري أن يدفعه (٣) . فن وقت الإعذار يجب ، الفوائد القانونية - ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية - على الثمن ، وتبقى هذه الفوائد سارية إلى يوم الدفع . وهذا استثناء آخر من القاعدة التي تقضى بأن الفوائد القانونية لا تسرى إلا من وقت المطالبة القضائية ، فقد مرت هنا من وقت الإعذار بموجب نص خاص في القانون (٤) .

(١) ويقع هذا أيضاً عند فسخ البيع واسترداد الثمن واسترداد البائع السبع ، فخاص اثرات في الفوائد إلى يوم الاسترداد ( استئناف مخطوط ١٩ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ - ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤ ) . انظر مع ذلك الأستاذ سليمان مرس في موجز البيع والإيجار فقرة ٢٧٤ ص ٣٧٤ .

(٢) سواء كان مستحق الوفاء منذ البداية أو كان مؤجلاً فعل أجله . وهذا بخلاف التقنين المدني الفرنسي ، فإن المادة ١٦٥٢ منه توجب على المشتري دفع الفوائد من يوم الإعذار دون أن تميز ما إذا كان الثمن لا يزال مؤجلاً أو أنه قد حل ( أوبري وروه فقرة ٣٥٦ هامش رقم ٢١ - بودرى وسينيا فقرة ٥٢٦ ) . ولكن نص المادة ١/٤٥٨ من التقنين المدني المصري يذكر الفوائد القانونية للثمن ، والفوائد القانونية لا يجب إلا عند التأخر عن الوفاء بالثمن بعد حلول أجله ، فيجب إذن أن يكون إعذار المشتري بعد حلول أجل الدفع ( الوسيط ٢ فقرة ٥١٠ ص ٩٠٢ وهامش رقم ١ . وانظر في هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٣٦٧ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٩٩ ص ٢٢٢ - وقارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٦ ص ٣٥٨ ) . فالبايع الذي يرضى بتأجيل الثمن دون أن يشترط فوائد يكون قد أدخل ذلك في حسابه عند تحديد الثمن ( الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٣٦٨ ص ٥٤٢ ) . أما التقنين المدني السابق ( ٤١٠/٢٣٠ م ) فالكاكتين المدني الفرنسي لم يخص الفوائد بأنها الفوائد القانونية ، لذلك أمكن تفسيره على أساس أن فوائد الثمن مستحقة بالإعذار دون تمييز بين ما إذا كان الثمن حالاً أو مؤجلاً ( الأستاذان أحمد نجيب الحلل وحامد زكي فقرة ٤٣٧ ص ٤٢٩ ) .

(٣) والمطالبة القضائية من البائع باسترداد المبيع لعدم دفع الثمن تتضمن إعذاراً يدفع الثمن ، فإذا قضى بالثمن على المشتري استحققت الفوائد من وقت هذه المطالبة ( استئناف مخطوط ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦ ) .

(٤) وغنى من البيان أن يمكن الاتفاق على عكس ذلك ، فيشترط المشتري على البائع ألا يدفع فوائد حتى بعد الإعذار .

ويخلص مما قدمناه أن الفوائد لا تستحق على الثمن في الحالتين الآتيتين :  
(١) إذا كان هناك اتفاق على عدم دفع فوائد عن الثمن ، فلا يدفع المشتري فوائد في هذه الحالة حتى لو كان الثمن مؤجلاً ، وحتى لو سلم المبيع وكان قابلاً لإنتاج إيراد ، وحتى لو أعذر البائع المشتري أن يدفع الثمن بعد أن أصبح حالاً . ولا تسرى الفوائد في هذه الحالة إلا من وقت المطالبة القضائية بها وفقاً للقواعد العامة . (٢) إذا لم يكن هناك أى اتفاق في شأن الفوائد ، ولم يسلم البائع المبيع للمشتري أو سلمه إياه ولم يكن قابلاً لإنتاج إيراد (١) وإنما تستحق الفوائد في هذه الحالة إذا سلم البائع المشتري المبيع وكان قابلاً لإنتاج إيراد ، أو حل الثمن فأعذر البائع المشتري أن يدفعه .

## ٥ ٢ - الزمان والمكان اللذان يجب فيهما الوفاء بالثمن

### ١ - الزمان الذي يجب فيه الوفاء بالثمن

٣٩٥ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٥٧ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١ - يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك .

٢ - فإذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن يتزع من يد المشتري ، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يجبس الثمن ، حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن ، على أن يقدم كفيلاً .

٣ - ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيباً في المبيع (٢) .

---

(١) نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٦ ص ٣٥٠ .  
(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٠٦ من المشروع التمهدي على وجه ينفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد : عدا بعض اختلاف لفظي ، ونفي لجنة المراجعة =

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٣٢٩ فقرة أولى / ٤٠٧ و ٣٣١ / ٤١١ - ٤١٢ (١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٢٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٤٦ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٧٤ - ٥٧٦ وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٨٧ و ٤٦٦ - ٤٦٧ و ٤٧٠ - ٤٧١ (٢) .

---

= أدخلت تديلات لفظية جعلت النص مطابقاً ، وأصبح رقمه ٤٧٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٧ ( مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٣٥ وص ١٣٧ ) .

(١) التقنين المدني السابق م ٣٢٩ فقرة أولى / ٤٠٧ : في حالة عدم وجود شرط صريح يكون الثمن واجب الدفع حالاً في مكان تسليم المبيع .

م ٣٣١ / ٤١١ - ٤١٢ : وإذا حصل تعرض للمشتري في وضع يده على المبيع بدعى حق سابق على البيع أو ناشئ من البائع ، أو ظهر سبب يخفى منه نزع الملكية من المشتري ، فله أن يحبس الثمن منه إلى أن يزول التعرض أو السبب ، إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك . ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطلب الثمن مع أداء كفيل للمشتري .

( وتنطبق أحكام التقنين السابق في مجموعها مع أحكام التقنين الجديد ) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٥ (مطابقة المادة ٤٥٧ مصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٢٢ - ٢٢٤ و فقرة ٢٢٦ - فقرة ٢٢٩ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٤٦ ( مطابقة المادة ٤٥٧ مصري ) .

التقنين المدني العراقي م ٥٧٤ : ١ - يصبح البيع يثمن حال أو مؤجل إلى أجل معلوم . ويجوز اشتراط تقسيط الثمن إلى أقساط معلومة تدفع في مواعيد معينة ، كما يجوز الاشتراط بأنه إن لم يوف التسيط في ميعاده يتحمل كل الثمن . ٢ - ويبتدأ ابتداء مدة الأجل والتسقط المذكورين في عقد البيع من وقت تسليم المبيع ، ما لم يتفق على غير ذلك . م ٥٧٥ : ١ - البيع المطلق الذي لم يذكر في عقده تأجيل الثمن أو تمجيله يجب فيه الثمن معجلاً . ٢ - ويجب على المشتري أن ينقد الثمن أولاً في بيع سلعة ينقد إن أحضر البائع السلعة . أما إذا بيعت سلعة بمثلها أو تقود بمثلها ، فيسلم المبيع والثمن معاً .

م ٥٧٦ : ١ - إذا تعرض أحد المشتري مستنداً إلى حق سابق على عقد البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف لأسباب جديّة على المبيع أن يستحق ، جاز للمشتري ما لم يمنعه شرط العقد ، أن يحبس الثمن حتى يتقطع التعرض أو يزول خطر الإستحقاق . ولكن يجوز للبائع في هذه

ويُخلص من هذا النص أن الثمن يكون واجب الدفع وقت تسليم المبيع ، وهذا حكم ليس من النظام العام فيجوز أن يخالفه اتفاق أو عرف ، وعندئذ يصبح الثمن مستحق الدفع يجوز للمشتري حبسه عن البائع في بعض أحوال معينة وبشروط معينة . فنبحث إذن : (١) متى يكون الثمن مستحق الدفع (٢) حبس المشتري للثمن .

**٣٩٦ - متى يكون الثمن مستحق الدفع :** تنقضي القواعد العامة بأنه يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، ما لم يوجد

== الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً . ٢ - ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيباً في المبيع وطلب الفسخ أو نقصان الثمن .  
( وأحكام التقنين العراقي في مجموعها لا تختلف عن أحكام التقنين المصري ، إلا أن التقنين العراقي يضع مبدأ عاماً في البيع المطلق أن يكون الثمن مستحقاً بمجرد تمام البيع ، أما التقنين المصري فيجعل الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع . ولكن النتيجة السلبية واحدة ، فوقت تسليم المبيع في البيع المطلق هو وقت تمام البيع . ويوجب التقنين العراقي على المشتري نقد الثمن أولاً ، ثم يسلم البائع المبيع له بعد ذلك - وأنظر في القسانون المدني العراقي الأستاذ حسن الزنون فقرة ٢٦٩ - فقرة ٢٧٦ وفقرة ٢٩١ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٥٢ - فقرة ٥٥٦ ) .

تقنين الموجبات والنفود البنائي م ٣٨٧ : إذا لم يذكر في عقد البيع مواعيد دفع الثمن ولا شروط هذا الدفع ، عد البيع نقداً بلا شرط .  
م ٤٦٦ ، يجب على المشتري أن يدفع الثمن في التاريخ وعلى الوجه المبين في العقد .  
ويعد البيع نقداً ، كما جاء في المادة ٣٨٧ ، ويلزم المشتري بدفع الثمن عند الاستلام ، ما لم يكن ثمة نص مخالف . وتكون مصاريف الدفع على المشتري .  
م ٤٦٧ ، إذا منحت مهلة لدفع الثمن ، فلا تنبئ إلا من تاريخ إنشاء العقد إذا لم يبين الفريقان تاريخاً آخر .

م ٤٧٠ : إن المشتري الذي تعرض له الغير أو كان مستهدفاً لخطر قريب هام من وقوع هذا التعرض بسبب سند سابق البيع ، يحق له حبس الثمن ما دام البائع لم يزل عنه التعرض .  
على أنه يحق للبائع أن يجبره على الدفع بأن يقدم له كفالة أو ضماناً كافياً لرد الثمن ومصاريف العقد القانونية إذا نزعته يده عن المبيع . وإذا كان هذا التعرض مقصوداً على قسم من المبيع ، فلا يحق للمشتري أن يحبس من الثمن إلا ما يناسب ذلك القسم ، وتكون الكفالة مقصورة على القسم المعرض لنزع الملكية . ولا يحق للمشتري أن يستعمل حق الحبس إذا كان الدفع مشروطاً على الرغم من كل تعرض ، وإذا كان المشتري مالماً وقت البيع بخطر نزع الملكية منه .

م ٤٧١ : تطبق أحكام المادة السابقة في حالة اكتشاف المشتري لعب في المبيع يوجب رده .  
( وأحكام التقنين البنائي تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري ) .  
( م ٥٠ - الوسيط ج ٤ )

اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » ( م ١/٣٤٦ مدني ) وكان مقتضى تطبيق هذه القواعد في حالة الالتزام بالثمن أن يكون الثمن مستحق الدفع فوراً بمجرد تمام البيع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

وقد وجد هذا النص فعلاً ، وهو النص الذي نحن بصدده أى المادة ٥٧ مدني سالفه الذكر ، ويقضى بأن يكون الثمن مستحق الدفع في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، وذلك « حتى تنفذ الالتزامات المتعاقبة في وقت واحد » كما تقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (١) .

فاذا لم يحدد لتسليم المبيع وقت ، فقد قدمنا أن المبيع يكون واجب التسليم فوراً بمجرد تمام البيع (٢) ، ومع ثم يكون الثمن أيضاً مستحق الدفع فوراً بمجرد تمام البيع (٣) ، ونكون بذلك قد رجعنا إلى تطبيق القواعد العامة التي سبق بيانها . على أنه قد لا يحدد لتسليم المبيع وقت فيكون المبيع واجب التسليم بمجرد تمام البيع كما قدمنا ، ولكن يحدد لدفع الثمن وقت فيتفق المتعاقدان على أن يدفع في نهاية أجل معين أو أن يدفع أقساطاً كل قسط في ميعاد معين ، فيجب في هذه الحالة دفع الثمن أو أقساطه في الميعاد أو المواعيد المتفق عليها (٤) مع تسليم المبيع فوراً بمجرد تمام البيع ، فلا يرتبط في هذه الحالة وقت دفع الثمن بوقت تسليم المبيع . وقد يقضى العرف بأن يكون دفع الثمن في وقت معين ، كأن يكون دفعه بعد تسليم المبيع أو قبل التسليم ، وليس معه ، وعند ذلك يتبع العرف سواء حدد لتسليم المبيع وقت معين أو كان التسليم واجباً فوراً بمجرد تمام البيع .

وإذا حدد لتسليم المبيع وقت معين ، فعند ذلك يكون الثمن مستحق الدفع في هذا الوقت أيضاً ، ونكون بذلك قد خرجنا على القواعد العامة التي رأيناها

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٠٩ .

(٣) وتقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : ويتبين من كل ما تقدم أنه إذا لم يوجد اتفاق خاص أو عرف ، يكون المبيع مستحق التسليم وقت تمام البيع ، والثمن مستحق الدفع في هذا الوقت أيضاً : ومن هذا الوقت كذلك يكون للبائع فوائد الثمن والشتى ثمرات المبيع » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٦ - ص ١٣٧ ) .

(٤) استئناف غنط ١٢ مايو سنة ١٩١١ م ٢٢ ص ٢٢٧ .

تقضى بأن الالتزام يكون واجب الوفاء بمجرد ترتيبه في ذمة المدين أى بمجرد تمام البيع ، والخروج على القواعد العامة كان بموجب نص القانون (١) كما سبق القول . على أنه قد يحدد لتسليم المبيع وقت ويحدد وقت آخر لدفع الثمن ، فلا يكون الثمن في هذه الحالة مستحق الدفع إلا في الوقت الذى حدد لدفعه ، فيدفع جملة واحدة عند انقضاء الأجل المعين أو يدفع على أقساط كل قسط في الميعاد الذى حدد له . وقد يتفق على تحديد وقت لتسليم المبيع وعلى أن يكون دفع الثمن فوراً ، فعند ذلك يجب دفع الثمن بمجرد تمام البيع ، أما المبيع فيسلم في الوقت الذى حدد لتسليمه (٢) .

(١) وهذا بخلاف ما إذا حدد المتعاقدان وقتاً لدفع الثمن ولم يحددا وقتاً لتسليم المبيع ؛ فلا يرتبط في هذه الحالة وقت تسليم المبيع بوقت دفع الثمن ، بل يجب تسليم المبيع فوراً ودفع الثمن في الوقت المحدد (هودى وسيتيا فقرة ٤٩٤ ص ٣٥٠) . أما إذا كان الأجل المطلق لدفع الثمن هو نظرة الميسرة أو كان أجلاً تقفّل به البائع ، عاد اقتران وقت تسليم المبيع بوقت دفع الثمن ، ولا يسلم البائع المبيع إلا في الوقت الذى يقضى فيه الثمن (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ ص ١٠٠ بلاكويل وريبير وهامل ١٠ ص ١٦٥ هامش ٢) . وإذا كان المبيع متهدداً وذكر في العقد أن يسلم بمضه في وقت وبمضه في وقت آخر ، فإن الثمن يدفع عند تسليم كل جزء من المبيع بنسبة هذا الجزء . أما إذا لم يذكر في العقد وقتان مختلفان لتسليم المبيع ، فإن المشتري لا يدفع شيئاً من الثمن إلا إذا تسلم كل المبيع فعند ذلك يدفع الثمن كاملاً (هودى وسيتيا فقرة ٥٠٠) .

ويلاحظ أن قاعدة دفع الثمن وقت تسليم المبيع مفروضة فيها أن الثمن يدفع للبائع أو نائبه ، أما إذا اشترط البائع على المشتري دفع الثمن لشخص آخر كرائته ، فإن وقت دفع الثمن يتفصل في هذه الحالة عن وقت تسليم المبيع ، وما لم يتفق على ميعاد لدفع الثمن إلى الأجنبي ، فإن دفع الثمن له يجب أن يكون فوراً بمجرد تمام البيع حتى لو اشترط لتسليم المبيع ميعاد متأخر (هودى وسيتيا فقرة ٥٠١ - بلاكويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٦ ص ١٦٦) .

وإذا كان الثمن مستحق الدفع وقت التسليم ، وعرض البائع على المشتري المبيع عرضاً حقيقياً ، وتختلف المشتري عن دفع الثمن ، فالحكم الذى يسلم بأن البيع يصبح لائفاً ومفوضاً من تلقاء نفسه طبقاً لشروط البيع المتفق عليها لا يجوز التمسك به ، ولا يكون متسبباً التمسك به على الوفاء بالالتزام إطفاء البائع من الوفاء بالتزامه المقابل ، ولا يكون متسبباً التمسك به على هذا الحكم بأنه يجب الوفاء بالالتزامين في وقت واحد (نقضى مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٦ ص ٢٠٤) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وقد يتفق المتعاقدان على أن يدفع الثمن بعد أو قبل تسليم المبيع ، كأن يتفقا على أن يدفع الثمن حالا بمجرد تمام البيع =

٣٩٧ - مبس المشتري للثمن : متى أصبح الثمن مستحق الدفع على النحو الذى بيناه ، كان من حق البائع أن يتقاضاه من المشتري ولو جبراً عنه . إلا أن المشتري ، وفقاً للفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٤٥٧ مدنى سألغة الذكر ، يحق له أن يحبس الثمن ولو كان مستحق الدفع إذا وقع له تعرض للمبيع أو وجدت عنده أسباب جدية تجعله يخشى وقوع هذا التعرض أو وجد بالمبيع حيباً يوجب الضمان .

فوقوع تعرض بالفعل للمشتري فى المبيع يوجب ضمان التعرض والاستحقاق كما سبق القول ، ويميز فى الوقت ذاته ، إذا كان المشتري لم يدفع الثمن ، أن يحبس حتى لو كان مستحق الدفع كما قدمنا . ذلك أنه إذا تحقق الضمان كان على البائع أن يدفع قيمة المبيع ، ومن ثم جاز للمشتري أن يحبس الثمن ليكفل رجوعه بالقيمة على البائع . ولا يشترط أن يقع التعرض بالفعل للمشتري ، كما يشترط ذلك فى تحقق ضمان التعرض والاستحقاق ، بل يكفى أن يكون عند المشتري أسباب جدية يخشى معها من وقوع هذا التعرض (١) . فلو كشف

---

= ولو كان تسليم المبيع مؤجلاً ، أو على أن يدفع الثمن مؤجلاً على أقساط أو جملة واحدة ولو كان المبيع قد سلم فى الحال . وقد يقضى المرف بأحكام أخرى فيتين اتبناها » ( مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ١٣٦ ) .

وقد ترتبط مواعيد دفع الثمن بميعاد التسليم فيحل القسط الأول من الثمن عند تسليم المبيع وتحل الأقساط الباقية فى مواعيد معينة بعد التسليم ، فيكون مبدأ سريان مواعيد الأقساط الباقية هو الوقت الذى يتم فيه التسليم فعلاً ولو تأخر عن الوقت المتفق عليه . وقد قضت محكمة النقض بأن المفهوم من نصوص لائحة بيع أراضي بلدية الإسكندرية أن الميعاد الذى أعطى للمشتري لدفع ثلث الثمن هو ميعاد الميعاد الذى أعطى للبائع لتسليم المبيع ، فهما متساويان تمام التماسك . فإذا كانت أرض البلدية التى رسا بزيادة على المشتري ودفع ثلث الثمن فى خمسة الأيام التالية لرسو المزاد قد تأخر تسليمها إليه لخلاف بينه وبين المجلس فى شأن هذا التسليم ، ثم سوى هذا الجلاف ببيع بعض أجزاء أخرى للمشتري مجاورة للأرض المبيعة أولاً ، وتم تسليم كل ما بيع من الأرض فى تاريخ معين ، فإن ميعاد استحقاق القسط الأول من باقى الثمن يبدأ من هذا التاريخ الذى حصل فيه تسليم الأرض بمساحتها الأخيرة لا من اليوم الخامس من رسو المزاد ( نقض الذى ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٣ ص ٢٧٣ ) .

(١) ويجب أن تكون الأسباب جدية ، فالتوهم لا يكن ( استئناف مخطوط ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٣١ ) . ولا يكون طلب الشفعة سبباً كافياً لحبس المشتري الثمن ، فإذا =



أن ملكية البائع كانت ملكية معلقة على شرط فاسخ وخشى أن يكون هذا الشرط قد تحقق ، أو معلقة على شرط واقف وخشى أن يكون هذا الشرط لم يتحقق ، أو أن البائع اشترى المبيع ولم يدفع الثمن فأصبح البيع الصادر له مهدداً بالفسخ (١) . أو أن المبيع مثقل بحق رهن (٢) أو حق اختصاص (٣) أو حق ارتفاق ولو لم يتعرض صاحب هذا الحق فعلاً للمشتري في انتفاعه بالمبيع ، بل لو وجد أن هناك قيوداً (inscriptions) على المبيع لم تشطب حتى لو أكد له البائع أن هذه القيود قد زالت أسبابها (٤) إذ من حقه أن يطلب من البائع شطب هذه

== لم يدفع من يطلب الأغرة بالقيمة الثمن إلى البائع، وجب على المشتري نفسه دفعه إليه (استئناف مخطوط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٧) . ولا يكن كذلك مجرد إعلان الرأى عليه المزايد بسبب الاستحقاق (استئناف مخطوط ١١ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٤٧) . وإذا مضى وقت كاف لتلك المشتري المبيع بالتقدم ولم يعد يخشى التعرض ، فليس له أن يحبس الثمن (استئناف مخطوط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧) . ولا يكن ظهور حجز في المقدار لحبس كل الثمن ، ويكفى في هذه الحالة حبس ما يقابل الجزء من الثمن (استئناف مخطوط ٥ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٤٥) . وليس للمشتري أن يحبس الدفعة المستحقة من الثمن إذا كان لا يزال باقياً من الثمن دفعات لم تحمل وتكفى لتغطية ما هو مهدد به من استحقاق جزئي (استئناف مخطوط ٢ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٣٥٦) . وإذا لم يحبس المشتري دفعة من الثمن ، فهذا لا يمنعه من حبس الدفع الأخرى التي تستحق بعد ذلك (استئناف مخطوط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧١) . وللمشتري حبس الثمن إذا كان البائع قد ملك المبيع برسم المزايد ولم يدفع الثمن ، فأصبح مهدداً بإعادة المزايد عليه (استئناف مخطوط ٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٣) . والمشتري أن يحبس الثمن بمجرد وجود رهن أو حق اختصاص أو أى حق آخر على المبيع يهدده (استئناف مخطوط ١٧ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١١٦ - ١٣ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٤٩ - استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٥ المضافة ٥ رقم ٦٦٢ ص ٨١١ - ١١ فبراير سنة ١٩٣١ المبررة التفضائية ١٣٩ ص ١٤) . وله أن يحبس الثمن حتى يقوم البائع بشطب التسييلات التي تعهد بشطبها (استئناف وطني ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٧ ص ٩٨) .

(١) وبخاصة إذا كان البائع الأول قد رفع دعوى فسخ وسجل مصححتها قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه .

(٢) استئناف وطني ٨ فبراير سنة ١٨٩٢ الحقوق ٦ ص ٤٠٩ .

(٣) استئناف مصر ٢٤ يناير سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ٦٢ .

(٤) بوردو وسيتيا ققرة ٥٠٦ - ما لم يكن واضحاً وضوحاً كافياً أن هذه القيود لا قيمة لها إطلاقاً (بلانيرل وريير وهامل ١٠ ص ١٧٢ هامش ٤) ، وهذا إذا لم يكن المشتري قد اشترط =

القيود (١) . ففي كل هذه الأحوال تقوم عند المشتري أسباب جدية يخشى معها  
نزع المبيع من يده ، وإذا كان لا يستطيع أن يرفع على البائع دعوى ضمان التعرض  
والاستحقاق لعدم وقوع تعرض بالفعل ، فإنه يستطيع مع ذلك أن يجبس عنه

==بقي عقد البيع شطب التبريد قبل دفع الثمن . وإذا كان المشتري على غير بينة من أمر دين ثابت  
مسجل على العين المبيعة ، ولا أن صاحب هذا الدين قد شرع من أجله في إجراءات نزع الملكية التي  
أوشكت على التأم ، وذلك لأن إشارة البائع في العقد إلى حق الانتياز الثابت لهذا الدائن لم تكن لتفيد  
إلا أنه مجرد حق مزعوم ، فالمشتري يحق في حبس باقي الثمن ، ولا يؤبه لما نص عليه المقدم من  
أن وجود الحق الذي يدعيه الدائن لا يمنع من دفع باقي الثمن إذ يعتبر هذا شرطاً قائماً على الفسخ  
( نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٥ ص ٦٤٥ ) .

(١) ولكن مجرد احتمال وجود تسجيلات على العين المبيعة لا يمكن لتحويل المشتري حق حبس  
الثمن . وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد احتمال وجود تسجيلات على العين المبيعة لا يتحول المشتري  
حق حبس الثمن ، حتى يتحقق من غلورها من التسجيلات ، وبخاصة بعد أن يكون قد تسلم المبيع .  
فإن القانون ، إذ رسم الطريق لحماية حقوق المشتري من الخطر الجدي الظاهر الذي يهددها ، قد ألزمه  
بدفن الثمن . ومن كان المشتري هو الذي امتنع بعد إنذاره رسمياً من دفع الباقي من الثمن مقابل  
شطب التسجيل الذي كان يهدد ملكيته ، ثم لم يتم من جانبه بما هو ملزم به قانوناً وبمحكم المقدم ،  
فلا يصح اعتبار البائع مقصراً في الوفاء بالتزاماته قبله ( نقض مدني ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة  
عمر ٣ رقم ١٦٤ ص ٤٦٨ ) .

ج . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه لو صح القول بأن دعوى الشفعة لا تهدد حق المشتري المشفوع  
منه لأن حقه في استرداد ما دفعه من الثمن إلى البائع مضمون قبل الشفيع بما لا يميز له حبس  
الثمن ، فإن هذا القول لا يصدق على المشتري الثاني المقار الذي لم يحتصم في دعوى الشفعة ، إنما  
يكون في هذه الحالة مقطوع الصلة بالشفيع ولا يحق له الرجوع عليه بما عسى أن يكون قد دفعه  
إلى البائع له ، ومن ثم يستهدف حقه للضياع بعد أن يكون المقار المشفوع فيه قد نزع ملكيته  
منه . وكل ذلك يجوز لهذا المشتري الثاني حبس الثمن ، حتى يفصل في دعوى الشفعة ( نقض مدني  
٤ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣٤ ص ٣٥٣ ) .

كذلك للمشتري حبس الثمن إذا لم يتم البائع بتطهير العين في المياد المستخلص من شروط  
المقدم ، وليس للبائع في هذه الحالة أن يطلب فسخ البيع لحبس المشتري للثمن . وقد قضت محكمة  
النقض بأنه إذا احتج البائع لعدم قيامه بتطهير العين من الدين الذي حليها بأن تعهده بذلك لم يبين  
له في العقد وقت يجب إتمامه فيه ، فأجابته المحكمة على ذلك بأنها رأيت من الأوراق أن نية  
المضامين انصرفت إلى أن كلا الطرفين التزم بما تعهد به مقابل التزام الآخر بتعده ، وأن التطهير  
كان يجب أن يتم من جانب البائع في مياد غاية اليوم الذي حدد لاستحقاق التسط الأخير من باقي  
من المبيع ، وكان ما أوردته المحكمة في هذا الصدد من شأنه أن يؤدى إلى ما انتهت إليه .  
فلا محظ عليها في ذلك ( نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٥ ص ٦٤٥ ) .

التمن . كذلك لو كشف المشتري عيباً في المبيع وكان من العيوب التي توجب الضمان على النحو الذي قدمناه في ضمان العيوب الخفية ، فان للمشتري في هذه الحالة أيضاً أن يجبس التمن . على أنه يشترط لجواز حبس التمن في جميع الأحوال المتقدمة ألا يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري يقضى بأنه لا يجنح للمشتري حبس التمن لسبب من هذه الأسباب . ذلك أن حق حبس التمن ليس من النظام العام ، بل هو قد تقرر لمصلحة المشتري ، فللمشتري أن ينزل عنه قبل قيام سببه أو بعد قيام هذا السبب (١) . ويعدل الاتفاق على عدم جواز حبس التمن أن يكون هناك سبب يقضى بعدم ضمان البائع لاستحقاق المبيع أو للعيوب الخفية فيه ، فانه لا يكون هناك محل لحبس التمن عنه إذ أن التمن مستحق له حتى لو ثبت الاستحقاق أو ظهر العيب (٢)

فاذا توافرت الشروط التي قدمناها ، كان للمشتري أن يجبس التمن عن البائع ولو كان مستحق الدفع كما قدمنا . ولكن يجب ألا يكون المشتري قد دفع

(١) ولما كان المشتري ينزل بهذا الاتفاق من حق له ، فإنه يجب أن يكون النزول واضحاً لا ليس فيه شأن النزول من أي حق . فلا يكون وعد المشتري بعد كشفه قيام سبب للحبس أن يدفع التمن في ميعاد معين ، فقد يجعل هذا الوعد على أن المشتري أراد أن يقسح الوقت أمام البائع لإزالة سبب الحبس . كذلك لا يمكن أن يكون المشتري قد تعهد بدفع التمن لأجنبي لسقوط حق الحبس ، فإن المشتري يستطيع أن يحتج بحقه في الحبس تجاه الأجنبي كما يحتج به تجاه البائع . وسنرى أنه لا يمكن أن يقبل المشتري حوالة البائع للتمن ، فالقبول وحده لا يستغنى عنه نزول المشتري من حقه في الحبس ، فإذا اتفون بطرف تقيده هذا القبول سقط حق المشتري في الحبس (بودرى ومينيا فقرة ٥١٣ - بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥١) .

كذلك لا يمكن لم المشتري وقت البيع بمظهر نزع الملكية منه حتى يحرم من حق التمن ، وإن كان التقنين البتاني (٤٧٠ م) ينص على أن ذلك يمكن . ذلك أن لم المشتري بسبب الاستحقاق في القانون المصري لا يمكن لسقوط ضمان الاستحقاق من البائع ، فلا يمكن هنا أيضاً لسقوط حق حبس التمن من المشتري . وقد قضت محكمة النقض بأن جهل المشتري سبب نزع الملكية وقت الشراء ليس شرعاً في قيام حقه في الحبس ، أما علمه بهذا السبب فقد يصلح أو لا يصلح دلالة على تنازله عن الحبس ، وذلك على حسب ما يقضى به واقع الدعوى (نقض مدني ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٧ ص ٤٩٨ . وانظر أيضاً بودرى ومينيا فقرة ١٢٣ - بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥١) .

(٢) استئناف مخطط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧١ - ويجب أن يكون الضمان قد سقط كلية عن البائع ، أما إذا كان لا يزال ملزماً بنقل قيمة المبيع فإن للمشتري الحق في حبس التمن (بودرى ومينيا فقرة ٥١٤ - بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥١) .

الثمن إلى البائع ، فإذا كان قد دفعه لم يحق له استرداده منه لحبسه (١) ، ويكون حق الحبس قد سقط بالدفع حتى لو أن المشتري وقت أن دفع الثمن لم يكن عالماً بقيام سبب لحبسه (٢) . فإذا كان لم يدفع الثمن كان له أن يحبسه كما سبق القول ، ولا يستطيع البائع أن يطلب منه دفعه ، بل لا يستطيع أن يطلب منه إيداعه خزانة المحكمة (٣) . فالمشتري حر إن شاء حبس الثمن في يده وبقي ديناً في ذمته ، وإن شاء أودعه خزانة المحكمة وبرئت ذمته منه (٤) . غير أن له مصلحة في إيداعه خزانة المحكمة بدلاً من حبسه في يده ، ليس فحسب حتى تبرأ ذمته من الثمن ، بل أيضاً لقطع سريان القوائد إن كانت مستحقة على الثمن ، فإن القوائد لا تنقطع إذا بقي الثمن في ذمته ولو كان حائساً له (٥) كما قدمنا ، وتنقطع (٦) إذا هو أودعه خزانة المحكمة (٧) . وإذا قام سبب الحبس في بعض المبيع لافي

(١) وإذا سلم المشتري الثمن للمعاى الذى يتولى كتابة العقد أو الوسيط ، فإن كان سلمه له معتبراً إياه وكلا من البائع لم يستطيع استرداده ، أما إن كان سلمه له معتبراً إياه وكلاهما لتسليمه إلى البائع بعد الكشف عن العطار جاز له أن يسترده ( الأستاذان أحمد نجيب الحلل وحامد زكي فقرة ٤٣٥ هامش ١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٤ ص ٣٣٧ - ص ٣٣٨ ) .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٥٠٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٠ .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٥٠٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٢ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ ص ١٠١ .

(٤) ويستطيع بعد إيداعه خزانه المحكمة ، وقبل قبول الإيداع أو الحكم بصحته ، أن يسترده ويحبسه في يده ( بودرى وسينيا فقرة ٥١١ ) .

(٥) نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة صمر ٥ رقم ٣٥٠ ص ٦٧٩ - استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ٦٢ - استئناف مخطوط ٧ يولييه سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٧٦ . بل لا يستطيع المشتري حبس القوائد مع الثمن ما لم يكن قد حرم من الانتفاع بالمبيع فبعد ذلك يحق له حبس القوائد أيضاً ( بودرى وسينيا فقرة ٥١٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٢ - قارن لوران ٢٤ فقرة ٣٢٧ - وانظر استئناف مخطوط ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٦٨ ) .

(٦) ولكنها لا تنقطع إذا كان الإيداع غير صحيح ( نقض مدني ٢٥ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣٤ ص ٥٣٤ ) ، أو كان قد أودع الثمن وحجز عليه فالتو البائع وبقي مودعاً بسبب معارضة منه في التوزيع الوقتي أو النهائي ويتبين أن المعارضة لا أساس لها ( استئناف مخطوط ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٩٨ ) .

(٧) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ ص ١٠١ - بودرى وسينيا فقرة ٥١٩ . وانظر أيضاً فقرة ٣٩٤ في الهامش .

كله ، بأن وقع تعرض في جزء من المبيع أو خشي المشتري وقوع هذا التعرض أو ظهر على المبيع حق رهن لا يستغرقه أو حق ارتفاق أو نحو ذلك ، فليس للمشتري أن يحبس كل الثمن ، بل يحبس جزءاً منه يتناسب مع الخطر الذي يهدده ، فيحبس ، مثلاً ما يساوي الدين المضمون بالرهن أو يعدل قيمة حق الارتفاق أو قيمة الجزء المهدد بالاستحقاق (١) . وحق المشتري في حبس الثمن على النحو الذي قدمناه يحتاج به المشتري ، ليس فحسب تجاه البائع ، بل أيضاً تجاه الغير كما إذا حول البائع الثمن فان للمشتري أن يحتاج بحق الحبس تجاه المحال له حتى لو كان المشتري قد قبل الحوالة ما لم يستخلص من هذا القبول نزوله عن الحق في الحبس (٢) .

وحق المشتري في حبس الثمن ، وإن ورد فيه نص خاص (م ٤٥٧/٣ و مدني) ليس لإتطبيقاً للدفع بعدم التنفيذ *exceptio non adimpleti contractus* ولحق في الحبس بوجه عام *droit de rétention* . فالتزام المشتري بدفع الثمن للبائع يقابله التزام البائع بنقل ملكية هادئة نافعة للمشتري ، فإذا وجدت أسباب جدية يخشى معها ألا يقوم البائع بتنفيذ التزامه ، كأن يخشى المشتري تعرض النهر فلا تخلص له الملكية الهادئة أو يكشف عيباً في المبيع فلا تخلص له الملكية النافعة ، كان له أن يقف تنفيذ التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهة بتنفيذ التزامه (٣) .

---

(١) بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٩ ص ١٧٣ - وإذا اختلف المشتري مع البائع على القدر الذي يحبس من الثمن قدرت المحكمة هذا القدر وتساوى في ذلك عند الحاجة برأي الخبراء . (بودري وسينيا فقرة ٥١٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٤ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٣٨ - وقارن الأستاذ جميل الشرفاوي ص ٢٩٧) .  
وق تقنين الموجبات والمقود البتاني نص (م ٤٧٠) يقضي بأنه « إذا كان التعرض مقصوراً على قسم من المبيع ، فلا يحق للمشتري أن يحبس من الثمن إلا ما يتناسب ذلك القسم » .  
(أنظر أيضاً فقرة ٣٩٥ في الهامش) .

(٢) بودري وسينيا فقرة ٥٠٧ .

(٣) وتنقل المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « حق الحبس هذا ليس إلا تطبيقاً للحق في الحبس والدفع بعدم تنفيذ المقدموها مقرران في القواعد العامة » .  
(مجموعة الأعمال التحضيرية ؛ ص ١٢٦) .

ويبقى حق المشتري في حبس الثمن قائماً ، ولا يسقط إلا بأحد أمرين (١) إذا زال سببه ، فانقطع التعرض بنزول المتعرض عما يدعيه ، أو زال الخطر بأن دفع البائع مثلاً لمن له رهن على المبيع الدين المضمون بالرهن أو شطب القيد المأخوذ على المبيع ، أو أصلح البائع العيب الذى كشفه المشتري في المبيع أو عرضه عنه التعويض الكافى أو حسم النزاع في شأنه . (٢) إذا قدم البائع للمشتري كفالة شخصية أو عينية تضمن له ما عسى أن يترتب على ضمان التعرض والاستحقاق أو على ضمان العيب من تعويض (١) .

== على أن هناك توسعاً في مبدأ الدفع لعدم التنفيذ إذا كان حق المشتري في حبس الثمن يرجع ، لا إل تعرض نمل أو عيب كشفه المشتري ، بل إل مجرد خشية المشتري من أن ينزع المبيع من يده ، فهذا لا يمكن القول بأن البائع لم ينفذ التزامه ، بل كل ما هنالك أنه يخشى من عدم إمكان البائع من تنفيذ التزامه ، وهذه حالة لا تجيز الدفع بعدم التنفيذ في تطبيقاته العامة ، وتجيزه هنا في هذا التطبيق الخاص ( بلانويول وريبير وهامل ١٠ ققرة ١٤٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ققرة ٢٧٩ ص ٢٩٤ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوى ص ٥٤٩ ) . ومن ناحية أخرى فإن مبدأ الدفع بعدم التنفيذ أوسع من الحالات المذكورة في المادة ٢/٤٥٧ و ٣ مدنى ، فيصح للمشتري أن يحبس الثمن إذا تعرض له البائع شخصياً أو إذا لم يتم بالإجراءات اللازمة لنقل الملكية أو إذا لم يسلم المبيع أو إذا لم يتم بلى التزام آخر نشأ في ذمته من عقد البيع ( الأستاذ محمد كامل مرسى ققرة ١٩٩ ص ٣٧٠ - ص ٣٧١ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ققرة ٢٧٩ - ص ٢٩٦ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٢٨ ) .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٦ - استئناف مخطط ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٩٣ - أول أبريل سنة ١٣١٤ م ٢٦ ص ٣٠٣ - ٢ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٣٥٦ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٩٣ . وتقدم الكفالة في حدود الثمن الجائز حبسه ، فإذا زاد التعويض عن ذلك لم تكن الكفالة واجبة إلا بمقدار الثمن فهو وحده الذى يحق للمشتري أن يحصل على ضمان لاسترداده من البائع إذا كان للاسترداد محل . وتقدم الكفالة من حق البائع ، فإذا لم يشأ تقديمها لم يستطيع المشتري إجباره على ذلك ، وليس له إلا حبس الثمن ( بودرى وسينيا ققرة ٥١٥ ) . وإذا كان هناك اتفاق على أن المشتري لا يدفع الثمن إلا بعد أن يشطب البائع القيود المتخذة على المبيع ، كان للمشتري ألا يدفع الثمن ولو قدم البائع له كفالة إلا بعد شطب القيود ( بودرى وسينيا ققرة ٥١٦ ) كذلك يحق للمشتري حبس الثمن بالرهن من تقديم الكفالة إذا أراد تطهير المبيع من الرهن ووجب لذلك أن يتبقى للثمن في يده لمعرضه على الدائن للرهن ( بودرى وسينيا ققرة ٥١٧ - بلانويول وريبير وهامل ١٠ ققرة ١٥٣ ) .

وإذا كان البيع ملحوظاً فيه وفاء الديون التى على الدين المتيعة من الثمن ، أفنى عن تقديم الكفالة أن يطلب البائع من المشتري إيداع الثمن خزانة المحكمة على ذمة الدائنين لوفاء بموهمهم ==

## (ب) المكان الذي يجب فيه الوفاء بالثمن

٣٩٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٥٦ على التقنين المدني

على ما يأتي :

١ - يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

٢ - فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن (١) .

== وقد قصت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن المشتري تسلموا العين المبيعة ولم يدفعوا سوى جزء من الثمن حتى استحق عليهم القسط الثاني منه ، وكان هذا البيع ملحوظاً فيه وفاء الديون التي على العين المبيعة من الثمن ، ثم أنكرهم بإيداع الثمن عزازة المحكمة على أن يستحضر الدائنين المسجلين ويوفهم ديونهم مقابل تطهير العين المبيعة من حقوقهم عليها ، ومع ذلك لم يودعوا . فطلب البائع فسخ البيع ، فقضت المحكمة برفض هذا الطلب ، مؤسسة حكمها على مجرد أن المشتري استخرجوا في نفس الشهر الذي حصل فيه البائع شهادة مفادية دالة على أن العين المبيعة كانت مثقلة باثني عشر تسجيلاً أدبت على ألتي جنبه ، وأن هذه الشهادة شملت جملة قتلبيات من نزح ملكية العين ، وأن هذه الحالة تشفع للمشتري في حبس اثني عشر لثول خطر نزح الملكية ، فهذا القضاء يكون مخالفاً للقانون . إذ الإيداع بالقرضات هو غير كفالة يمكن أن يطالب بها المشتري ، فلهي حق طلب ذلك أن يودع الثمن مع اشتراط تطهير العين المبيعة من التسجيلات قبل صرفه إلى البائع . ولا يندفع في حبس الثمن أن تكون الديون زائدة عليه ما دام المشتري غير مطلوب منه أن يودع أكثر من الثمن وما دام هو ليس له أن يطلب أكثر من تطهير العين قبل صرف الثمن إلى البائع ( نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٥ ص ٤٩٧ ) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا عبارة « سلم فيه المبيع » الواردة في الفقرة الأولى فقد كانت في المشروع التمهيدى « سلم فيه المبيع » . وعدلت هذه العبارة في لجنة المراجعة ، فأصبح النص مطابقاً ، وصار وقته ١٩٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت ٤٥٦ ( مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٢٢ - ص ١٣٤ ) .

ويقابل هذا النص في التفتين المدني السابق المادتين ٣٢٨/٤٩٦ و ٣٢٩ فقرة ٢ و ٣/٤٠٨ - ٤٠٩ (١) .

ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري المادة ٤٢٤ - وفي التفتين المدني الليبي المادة ٤٤٥ - وفي التفتين المدني العراقي المادة ٥٧٣ - ولا مقابل لها في تفتين الموجبات والعقود اللبناني (٢) .

ويخلص من هذا النص أنه لتحديد المكان الذي يجب فيه إلقاء الشيء بتعيين التمييز بين حالتين : (١) حالة ما إذا كان الثمن مستحق الدفع وقت تسليم المبيع . (٢) وحالة ما إذا كان الثمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع .

(١) التفتين المدني السابق م ٣٢٨/٤٠٦ : يجب على المشتري وفاة الثمن في الميعاد وفي المكان المبين في عقد البيع وبالشروط المنقوش عليها فيه .  
م ٣٢٩ فقرة ٢ و ٣/٤٠٨ - ٤٩٩ : وإذا كان الثمن مؤجلاً يكون دفعه في محل الشئ ، ومع ذلك يراعى في هذه المادة حرف الليله والعرف التجاري .  
( ولم تذكر هذه النصوص أن مكان الوفاء بالثمن هو نفس مكان تسليم المبيع لو كان وقت دفع الثمن هو نفس وقت تسليم المبيع ، ولكن هذا الحكم كان يستخلص ضمناً من مقصود المشرع .

(٢) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٤٢٤ (مطابقة للمادة ٤٠٦ مصري) . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ منصور الزرقا فقرة (٢٢٥) .  
التفتين المدني الليبي م ٤٤٥ (مطابقة للمادة ٤٥٦ مصري) .

التفتين المدني العراقي م ٥٧٣ : إذا كان مكان أداء الثمن معيناً في العقد لزم أدائه في مكان المشرط أدائه فيه ، فإذا لم يبين المكان وجب أدائه في المكان الذي يعلم فيه المبيع وإذا لم يكن الثمن مستحقاً عند تسليم المبيع ، وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت الاستحقاق ، ما لم يوجد حرف أو قانون يقضي بغير ذلك .

( وأحكام التفتين العراقي تنفق في مجموعها مع أحكام التفتين المصري - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الزبون فقرة ٢٧٢ و فقرة ٢٨٧ والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٥٠ - فقرة ٥٥٢ ) .

تفتين الموجبات والعقود اللبناني : لا يوجد نص مقابل ، فتنص القواعد العامة ، وهذه تنص بأن يكون الوفاء بالثمن في موطن المشتري (م ٣٠٢ لبناني) ، ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك .



### ٣٩٩ - الثمن مسخو الرفع وقت تسليم المبيع : يخلص مما قدمناه

فى تحديد الوقت الذى يجب فيه الوفاء بالثمن أن الثمن يكون مستحق الدفع وقت تسليم المبيع فى الفروض الآتية :

(١) إذا لم يحدد وقت لا لتسليم المبيع ولا لدفع الثمن ، فعندئذ يكون تسليم المبيع واجباً وقت تمام البيع ، وفى هذا الوقت أيضاً يكون الثمن مستحق الدفع .  
(٢) إذا حدد وقت واحد لكل من تسليم المبيع ودفع الثمن .

(٣) إذا حدد وقت معين لتسليم المبيع دون تحديد وقت ما لدفع الثمن ، فعندئذ يكون الثمن مستحق الدفع فى الوقت الذى يتم فيه تسليم المبيع .

فى هذه الفروض جميعاً ، ما دام الثمن يدفع فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ، فانه يدفع أيضاً فى المكان الذى يسلم فيه المبيع ، حتى يكون تنفيذ الالتزامين المتقابلين فى وقت واحد وفى مكان واحد (١) . وقد قلنا أن تسليم المبيع يكون فى المكان الذى يوجد فيه عند تمام البيع ، فإذا لم يكن للمبيع محل وجود ثابت وجب تسليمه فى موطن البائع (٢) . ويترتب على ذلك أنه فى الفروض السالف ذكرها - حيث يكون الثمن مستحق الدفع وقت تسليم المبيع - يجب دفع الثمن إما فى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت تمام البيع إذا كان له محل وجود ثابت ، وإما فى موطن البائع إذا لم يكن للمبيع محل وجود ثابت ، وبذلك يتم تسليم المبيع (٣) ودفع الثمن فى وقت واحد وفى مكان واحد . وسواء دفع الثمن فى المكان

---

(١) فإذا كان المشتري هو الذى يطلب المبيع وجب عليه أولاً أن يدفع الثمن ، وإذا كان البائع هو الذى يطلب الثمن وجب عليه أولاً أن يسلم المبيع ( أنسيكلويدى دالورز « لغة vente » ققرة ١٥٨١ ) . وإذا أرسل البائع (السلمة إلى المشتري فى مقابل دفع ثمنها - contre rembour - sement ) فكان تسليم المبيع ودفع الثمن هو موطن المشتري ( أنسيكلويدى دالورز « لغة vente » ققرة ١٦١٣ ) .

(٢) أنظر آنفاً ققرة ٣١٠ .

(٣) ولا بد أن يتم التسليم فعلاً فى المكان الذى يدفع فيه الثمن ، حتى يكون تنفيذ كل من الالتزامين المتقابلين فى مكان واحد . وهذا ما يعبر عنه « يسلم فيه المبيع » التى كانت واردة فى نص المشروع التمهيدى قد عدلت فى لجنة المراجعة فأصبحت « سلم فيه المبيع » ( مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٣٣ - وأنظر آنفاً ققرة ٣٩٨ فى المامش ) .

الذى يوجد فيه المبيع أو دفع في موطن البائع ، وفي الفرضين يكون الحكم استثناء من القواعد العامة ، وهي تقضى بأن يكون وفاء الالتزام — وهو هنا الثمن أى مبلغ من النقود — في المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال ( م ٣٤٧/٢ مدنى ) . فهنا قد دفع الثمن ، لا في موطن المدين وهو المشتري أو في مركز أعماله ، بل دفع إما في مكان وجود المبيع وإما في موطن الدائن وهو البائع .

كل هذا بطبيعة الحال ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفه .

٤٠٠ — **الثمن مسحوق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع :**

ويكون الثمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع في الفرضين الآتيين :

(١) إذا حدد وقت معين لدفع الثمن دون أن يحدد وقت ما لتسليم المبيع ، ففي هذا الفرض يكون تسليم المبيع واجباً بمجرد تمام البيع ، ويكون دفع الثمن واجباً في الوقت الذى حدد له .

(٢) إذا حدد وقت معين لدفع الثمن وحدد وقت آخر لتسليم المبيع ، فيكون دفع الثمن وتسليم المبيع واجبين في وقتين مختلفين .

وعندئذ — في الفرضين المتقدمين — تنبثق الحكمة من جعل مكان دفع الثمن هو مكان تسليم المبيع ، فقد كانت وحدة المكان ملحوظة عندما كان الوقت واحداً أيضاً حتى لا يسلم المبيع ويدفع الثمن في وقت واحد وفي مكانين مختلفين . أما الآن والثمن يدفع في وقت غير الوقت الذى يسلم فيه المبيع ، فلم تعد هناك ضرورة في أن يدفع في المكان الذى يسلم فيه المبيع (١) . ومن ثم وجب الرجوع في هذين الفرضين إلى القواعد العامة ، وهي تقضى كما رأينا بأن دفع الثمن يكون

---

(١) لكن إذا كان الأجل الممنوح للمشتري لدفع الثمن هو نظرة المصرة أو كان أجلاً يفضل به عليه البائع ، بقى المشتري ملتزماً بدفع الثمن في المكان الذى تسلم فيه المبيع وإن كان يدفعه في وقت غير وقت تسليم المبيع ( جيوار ٢ فقرة ٥٦٠ — أوبرى ٥ فقرة ٣٥٦ ص ١٠٠ — بودرى وسينيا فقرة ٤٩٦ — بلايول وريبير وهامل ١٠ ص ١٦٥ هامش ٦ ) .

في موطن المشتري أو في مركز أعماله وقت استحقاق الثمن . وهذا مانصت عليه فعلا الفقرة الثانية من المادة ٤٥٦ مدنى إذ تقول : « فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به في المكان الذى يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن » . فليس هذا النص إلا تطبيقاً للقواعد العامة المتضمن ذكرها ، ومن ثم وجب أن يكون مكان دفع الثمن ، إذا كان البيع متعلقاً بالأعمال التى يمارسها المشتري عادة وبخاصة إذا كان يمارس تجارياً ، هو مركز أعمال المشتري (م ٢/٣٤٧ مدنى) .

وكل هذا أيضاً ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفه (١) .

## المطلب الثانى

### جزاء الإخلال بالتزام الوفاء بالثمن

١٠٤ - تطبيق المبدأ العام : إذا أخل المشتري بالتزام الوفاء بالثمن ، كفلت القواعد العامة تعيين الجزاء على هذا الإخلال . فالبيع عقد ملزم للجانبين ينشئ التزامات متقابلة ، والالتزامان المتقابلان الرئيسيان فيه هما التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري والتزام المشتري بدفع الثمن للبائع . فإذا لم يف المشتري بالتزامه ، جاز للبائع بداهة أن يلزمه بالتنفيذ فينفذ جبراً على ماله بالثمن ويستطيع بوجه خاص أن ينفذ على المبيع ذاته بعد أن أصبح ملك المشتري وله عليه حق امتياز البائع فيقدم فيه على سائر دائى المشتري . وجزاز للبائع أن يطلب

---

(١) وتقول الملكية الإفساحية المشروع التمهيدى في سند المكان الذى يجب فيه الوفاء بالثمن : « أما المكان فقد كانت القواعد العامة تقتضى بأن يكون موطن المشتري وقت الاستحقاق الثمن ، وهذا ما قرره المشروع فيما إذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع . أما إذا كان مستحقاً في هذا الوقت ، فإن البيع وهو عقد ملزم للجانبين يجب أن ينفذ جملة واحدة فيبلغ الثمن وقت تسليم المبيع وفي مكان هذا التسليم . كل هذا لم يوجد اتفاق أو عرف يقتضى بغيره (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٣٦) » .

فسخ البيع تطبيقاً لقواعد الفسخ المقررة في العقود الملزمة للجائين (١). وجاز للبائع أخيراً ، إذا كان لم يسلم المبيع إلى المشتري ، أن يجسه في يده حتى يستوفى الثمن ، تطبيقاً لقواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد المقررة أيضاً في العقود الملزمة للجائين . وهذه الجزاءات المختلفة - التنفيذ الجبري وحق الامتياز وحسب المبيع وفسخ البيع - لها أهمية عملية بالغة في البيع بوجه خاص ، لما لهذا العقد ذاته من أهمية عملية بالغة أشرنا إليها منذ البداية (٢). وهي ضمانات قوية للبائع تيسر له الحصول على حقه من المشتري بطرق متعددة فتكفل بذلك مصلحته ، وتكفل في الوقت ذاته مصلحة المشتري نفسه إذ تهيء له سبل الائتمان فيستطيع في يسر أن يجد البائع الذي يمهله في الوفاء بالتزامه مطمئناً لما وضع القانون بين يديه من ضمانات قوية .

أما التنفيذ الجبري وحق الامتياز فلهما مكان آخر ، الأول مكانه قانون المرافعات والثاني عند الكلام في حقوق الامتياز . ويقتضي البحث هنا طريقان : (١) حسب المبيع (٢) وفسخ البيع (٣) .

(١) وقد كان المشروع التمهيدي يشتمل على نص هو المادة ٦٠٩ من هذا المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « إذا لم يدفع المشتري الثمن عند استحقاقه ، أو لم يتم بالالتزامات الأخرى التي نشأت من عقد البيع ، فالبايع بالخيار بين أن يلزم المشتري بالتنفيذ أو أن يطلب فسخ البيع » . والنص مقتبس من المادة ٤١٣/٣٢٢ من التفتين المدق السابق ، وتنص على أنه « إذا لم يدفع المشتري ثمن المبيع في الميعاد المتفق عليه ، كان للبائع الخيار بين طلب فسخ البيع وبين طلب إلزام المشتري بدفع الثمن » . وقد حذفت المادة ٦٠٩ من المشروع التمهيدي في لجنة المراجعة ولأنها مستفادة من القواعد العامة ( مجموعة الأعمال التصديرية : ص ١٢٦ في أفاش وص ١٤٩ في الماش ) . أنظر أيضاً الفقرة الأولى من المادة ٥٨١ من التفتين المدق العراقي ، والنظر استئناف مخطط ١٨ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٩ ص ١٠٥ .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التصديرية : ص ١٥١ - ص ١٥٢ و ص ١٥٤ .

(٣) وقد يشترط البائع ألا يتصرف المشتري في المبيع قبل وقائه بالنكاح كاملاً ، فهذا الشرط صحيح ، ومن سبل البيع مقترناً بهذا الشرط جاز الاحتجاج به على من يتصرف له المشتري قبل الوفاء بالثمن ( استئناف مخطط ١١ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٦٢ - يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٢٤ : ولكن يجوز للمشتري أن يعتبر البيع الصادر له سبباً صحيحاً لحسبك بالتقدم للتصير - ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٢٦ - ١٧ أبريل سنة ١٩٣٤ =

## § ١ - حبس المبيع

٤٠٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٥٩ من التقنين المدني على

ما يأتي :

١ - إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال ، فلبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع .

٢ - وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ .

وتنص المادة ٤٦٠ على ما يأتي :

« إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » (١) .

---

(١) م ٤٦٠ من ٢٥٥ . وقد يحفظ البائع بالملكية حتى وفاء الثمن ( استئناف غنط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٩١ - ٤ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٧ ) ، وقد يشترط أنه في حالة تأخر المشتري في دفع قسط تحمل باقي الأقساط وتستحق عليها جميعاً فوائد تأخير دون حاجة إلى إظهار ، فيصح الشرط ( استئناف غنط ١٤ يولية سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ٢٦٢ ) . وإذا اشترط البائع فسخ البيع عند تأخر المشتري في دفع قسط مع اعتبار الأقساط المدفوعة من قبل مستحقة للبائع حل سبيل التصريف ، نظر القاضي في إعطاء البائع التبريض المناسب ، وإلا كان المبلغ المدفوع حل سبيل التصريف أكبر كلما كانت الأقساط المدفوعة أكثر ( استئناف غنط ١٩ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٠٧ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٤٩ - أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٥٠ ) .

### (١) تاريخ النصوص

م ٤٥٩ : ورد هذا النص في المادة ٦٠٧ من المشروع التمهيدى ، والفقرة الأولى من نص المشروع التمهيدى تطابق ما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد . أما الفقرة الثانية من نص للمشروع التمهيدى فكانت تجري على الوجه الآتى : « وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ، حتى لو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن » ، إذا كان المشتري قد أخضع ما قدمه من تأميمات للوفاء بالثمن ، أو كان في حالة إصرار يوشك معها أن يضيع الثمن على البائع ، ما لم يقدم المشتري كفالة . وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة الثانية بجذف الجزء الأخير منها وإسالة الحكم ( م ٥١ - الوسيط ج ٤ )

وتقابل هذه التصويت في التفتين الملتي السابق المواد ٢٧٤/٣٤٥ و ٢٧٩/٣٥٠ و ٢٨٠/٣٥١ و ٢٨١/٣٥٣ و ٣٥٢ غنط (١) .

١٠ - الوارد فيه مل المادة ٢٧٢ من التفتين الملتي الجديد ، وأصبحت للمادة رقمها ١٧٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٩ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٢ - ص ١٤٥ ) .

١١ - م ٤٦٠ : ورد هنا النص في المادة ٦٠٨ من المشروع النهائي على الوجه الآتي :  
 « ١ - إذا حق البائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن ، فلا يجوز المشتري أن يستول على المبيع دون إذن من البائع ، وإلا جاز لهذا البائع أن يسترد المبيع . ٢ - عل أنه إذا هلك المبيع في يد المشتري ، كان الهلاك عليه . ٣ - أما إذا سلم البائع المبيع طوعاً ، فليس له أن يسترده ، ولكنه يحتفظ بحقه في المطالبة بفسخ العقد » . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثالثة لعدم ضرورتها ، وعدلت الفقرة الثانية بجمليها تنص على حكم الحالة العكسية لأنها أكثر غفاه ، فأصبح النص على الوجه الآتي : « ١ - إذا استعمل البائع حقه في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن ، فليس للمشتري أن يستول على المبيع دون إذن البائع ، وإلا جاز للبائع أن يسترد المبيع . ٢ - وفي جميع الأحوال إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له . كان الهلاك على المشتري » . وصار رقم المادة ٧٢ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حذفت الفقرة الأولى لأنها « تطبق واضع للقواعد العامة لا ضرورة لنص عليه » ، فأصبحت المادة مقصورة على الفقرة الثانية بعد أن أضافت إليها اللجنة حالة ما إذا كان المبيع قد هلك بفعل البائع وهو حابس له وقضت أن الهلاك في هذه الحالة يكون عليه لا على المشتري ، وهذه الحالة محتملة الوقوع فوجد من المفيد النص عليها . وأصبح نص المادة مطابقاً لما استقر عليه في التفتين الملتي الجديد . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٠ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٦ و ص ١٤٨ - ص ١٤٩ ) .

(١) التفتين الملتي السابق م ٢٧٤/٣٤٥ : وضع اليد على المبيع بدون إذن البائع لا يكون معتبراً إن لم يدفع الثمن المستحق ، بل يكون البائع الحق حينئذ في استرداد المبيع . وإنما إذا هلك المبيع وهو في حيازة المشتري ، كان هلاكه عليه .  
 م ٢٧٩/٣٥٠ : البائع الحق في حبس المبيع في يده لحين استيفائه على المشتق فوراً من الثمن كلاً أو بعضاً على حسب الاتفاق ، ولو عرض المشتري عليه رهناً أو كفالة ، هذا إن لم يكن البائع المذكور قد أعطى المشتري بعد البيع أجلاً لدفع الثمن لم يحل .  
 م ٢٨٠/٣٥١ : ليس البائع الذي لم يتحصل على الثمن المستحق دفعه إليه أن يسترد المبيع الذي سلمه باختياره للمشتري ، وإنما له الحق في الحصول على فسخ عقد البيع بسبب عدم الوفاء به .  
 م ٢٨١/٣٥٣ : إذا قامت التأمينات المطلوبة من المشتري لدفع الثمن أو صار في حالة إصرار يترتب عليه شياخ الثمن على البائع ، جاز للبائع المذكور حبس المبيع عنه ولو لم يحل الأجل المتفق عليه لدفع الثمن فيه ، إلا إذا إعطاء المشتري كفلاً .  
 م ٣٥٢ غنط : وليس البائع أن يمنع من التسليم إذا حول المشتري بجميع الثمن أو يجزئه منه .  
 ( وأحكام التفتين السابق تنفق في مجموعها مع أحكام التفتين الجديد ، فيها هذا المادة ٣٥٢ =

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري  
للمادتين ٤٢٧ - ٤٢٨ - وفي التقنين المدني الليبي للمادتين ٤٤٨ - ٤٤٩ -  
وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٧٧ - ٥٨٠ - وفي تقنين الموجبات والعقود  
البناني المواد ٤٠٧ - ٤١١ (١) .

== مخطط فهذه حنفت لأنها عل غير مقتضى القواعد العامة : المذكرة الإيضاحية المشروع التبيدي  
في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣ - ص ١٥٤ ) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٧ - ٤٢٨ ( مطابقان  
للمادتين ٤٥٩ - ٤٦٠ مصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا  
فقرة ٢٣١ - فقرة ٢٣٦ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٤٨ - ٤٤٩ ( مطابقان للمادتين ٤٥٩ - ٤٦٠ مصري ) .  
التقنين المدني العراقي م ٥٧٧ : ١ - البائع حق حبس المبيع إلى أن يستوفى ما هو حال  
من الثمن ولو كان المبيع بجملة أشياء يمت صفقة واحدة ، فله حبه إلى أن يستوفى الثمن الحال ،  
سواء سمى لكل منها ثمن أو لم يسم . ٢ - حق إعطاء المشتري رهناً أو كفيلاً بالثمن لا يسقط  
حق الحبس .

م ٥٧٨ : ١ - إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن ، فقد أسقط حق حبسه ، وليس  
البائع في هذه الحالة أن يسترد المبيع من يد المشتري ويحبسه إلى أن يستوفى الثمن . ٢ - وقبض  
المشتري المبيع بدون إذن البائع قبل أداء الثمن لا يكون متمبراً ، والبائع حق استرداده . فإن  
هك المبيع أو تعبه وهو في يد المشتري ، يتقلب القبض متمبراً ، ويلزم المشتري بأدائه ما في  
ذمته من الثمن .

م ٥٧٩ : ١ - إذا كان الثمن مؤجلاً في عقد البيع أو وصى البائع بتأجيله بعد البيع ،  
فلا حق له في حبس المبيع ، بل يلزم بتسليمه إلى المشتري ولا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل .  
٢ - على أنه يجوز البائع أن يحبس المبيع حتى لو لم يجل الأجل المشتري لدفع الثمن ، إذا كان  
المشتري قد أعصف ما قدمه من تأمينات للوفاء بالثمن ، أو كان في حالة إصرار يوشك معها  
أن يضيع الثمن على البائع ، هذا ما لم يقدم المشتري كفالة .

م ٥٨٠ : إذا مات المشتري مفلساً قبل قبض المبيع ودفع الثمن ، فللبائع حق حبسه إلى أن  
يستوفى الثمن أو تبينه المحكمة وتؤدى البائع حقه من ثمنه . فإن زاد عن حق البائع يدفع الزائد  
لباق الغرماء ، وإن نقص ولم يوف حق البائع بتمامه فيكون أموة للغرماء فيما بق له .  
(وأحكام التقنين العراقي تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري . انظر في القانون  
المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٩٣ - فقر ٢٩٩ - الأستاذ عباس . سن المراف  
فقرة ٥٦٦ - فقرة ٥٧١ ) .

تقنين الموجبات والعقود البناني م ٤٠٧ : يجب أن يكون التسليم في وقت المعينه في العقد ،  
وإذا لم يمين وقت وجب التسليم على أثر إنشاء العقد مع مراعاة المهل التي تنفجها طبيعة المبيع ==

ونبحث في حبس المبيع مسائل ثلاثاً : (١) متى يثبت للبائع حق حبس المبيع (٢) وما الذى يترتب على ثبوت هذا الحق (٣) وكيف ينقضى .

٤٠٣ - متى يثبت للبائع حق حبس المبيع : يخلص من نص المادة ٤٥٩ مدنى السالفة الذكر أن البائع يثبت له حق حبس المبيع حتى يستوفى الثمن إذا كان وقت دفع الثمن متقدماً أو معاصراً لوقت تسليم المبيع . ويتحقق ذلك في الحالتين الآتيتين :

أولاً - إذا كان الثمن مستحق الدفع ولم يكن البائع قد سلم المبيع للمشتري . مثل ذلك أن يكون البيع مطلقاً من حيث وقت دفع الثمن فيكون الثمن مستحق

أو العرف . إن البائع الذى لم يمنح المشتري مهلة للدفع لا يلزم بتسليم المبيع ما دام المشتري لم يدفع الثمن . ولا يقوم مقام دفع الثمن كفالة أو غيرها من وجوه التأمين .

م ٤٠٨ : إذا بيعت عدة أشياء جملة ، فيحق للبائع أن يحبسها كلها لديه إلى أن يقبض بجميع أثمانها ، وإن كان ثمن كل منها قد عين على حدة .

م ٤٠٩ : ليس البائع أن يمنح عن تسليم المبيع : أولاً - إذا أجاز لشخص آخر أن يقبض الثمن أو البقية الواجبة منه . ثانياً - إذا قبل حوالة على شخص آخر في دفع الثمن أو البقية الواجبة منه . ثالثاً - إذا منح المشتري بعد العقد مهلة للدفع .

م ٤١٠ : لا يلزم البائع بتسليم المبيع وإن يكن قد منح الشارى مهلة للدفع : أولاً - إذا أصبح المشتري بعد انقضاء البيع في حالة الإعسار . ثانياً - إذا كان في حالة الإفلاس أو التضفية القضائية عند البيع مع جهل البائع لحالته . ثالثاً - إذا نقصت التأمينات التى قلصها ضماناً للدفع حتى أصبح البائع مستهدفاً لخطر هلاك الثمن .

م ٤١١ : إذا استعمل البائع حق حبس المبيع بمقتضى المواد المتقدم ذكرها ، كان ضماناً للمبيع على الشروط التى يضمن بها الفائن المرتب من الشيء المرهون عنده .

( وتتفق أحكام التقنين البنىاني مع أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا : (١) أن قبول البائع حوالة الثمن على شخص آخر يسقط حقه في الحبس في التقنين البنىاني ، كذلك إذا أجاز البائع أن يقبض الثمن شخص آخر . أما في القانون المصرى فيبقى حق الحبس ضماناً للبائع .

(٢) حالات سقوط الأجل في القانون البنىاني تختلف في بعض تفصيلاتها عن حالات سقوط الأجل في القانون المصرى . أما في هلاك العين المبيعة وهى محبوسة في يد البائع بغير فعل البائع ، فإن الهلاك يكون على المشتري في القانون المصرى ، وعقد أحال التقنين البنىاني في ذلك على أحكام

الرهن وتنص المادة ١٠٨ من قانون الملكية العقارية في لبنان بأن « يبقى العقار بإشراف وأفض اليد ويبقى بمهدة المالك وعلى مسئوليته إذا أثبت المرتب حدوث ظروف قاهرة » . فالهلاك إذن يكون على المالك أى الرهن في حالة الرهن وعلى المشتري في حالة البيع ، ويكون حكم التقنين

البنىاني متفقاً في مع حكم التقنين المصرى ) .



للدفع بمجرد تمام البيع ، ويكون مطلقاً من حيث وقت تسليم المبيع فيكون للمبيع واجب التسليم أيضاً بمجرد تمام البيع ، فيعاصر وقت دفع الثمن وقت تسليم المبيع . ومثل ذلك أيضاً أن يحدد وقت لتسليم المبيع دون أن يحدد وقت لدفع الثمن ، فيكون وقت دفع الثمن هو وقت تسليم المبيع كما قلنا ، فيتعاصر الوقتان . ومثل ذلك أخيراً أن يحدد وقت لدفع الثمن متقدم على الوقت الذي يحدد لتسليم المبيع ، فيسبق وقت دفع الثمن وقت تسليم المبيع ، فإذا تأخر المشتري في دفع الثمن حتى حان وقت تسليم المبيع كان للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن .

ثانياً - إذا كان الثمن مؤجلاً إلى وقت متأخر عن وقت تسليم المبيع ، فعان وقت تسليم المبيع قبل حلول أجل دفع الثمن ، ولكن الأجل المحدد لدفع الثمن سقط بسبب من أسباب سقوط الأجل ، فحل دفع الثمن في الوقت الذي يجب فيه تسليم المبيع أو قبله ، وتعاصر الوقتان أو سبق الوقت الذي استحق فيه الثمن ، فيجوز للمشتري في هذه الحالة أيضاً أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن . وأسباب سقوط الأجل قبل انقضائه المذكورة في المادة ٢٧٣ مدني إذ تقول : « يسقط حق المدين في الأجل : ١ - إذا شمر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون . ٢ - إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكيلة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا يدخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً . ٣ - إذا لم يقدم للدائن ما واعد في العقد بتقديمه من التأمينات » . وقد سبق تفصيل القول في ذلك (١) .

وبخلاص مما تقدم أن البائع لا يحق له حبس المبيع إذا كان وقت دفع الثمن متأخراً عن وقت تسليم المبيع ، ولم يسقط أجل الوفاء بالثمن بسبب من أسباب السقوط المتقدمة الذكر (٢) . ويتحقق ذلك مثلاً إذا كان قد حدد وقت للدفع

(١) أنظر الوسيط ج ٣ فقرة ٧١ - فقرة ٧٥ .

(٢) ويجب أن يسقط الأجل فعلاً، فلا يكفي مجرد خشية البائع أن يكون المشتري معسراً عند حلول الأجل ( بلانيول وريبير وعامل ١٠ ص ١٨٠ وهاش رقم ٢ ) . أما إذا كان البائع قد منح المشتري أجلاً وهو يجهل أنه مفلس أو معسر، فإن الأجل يمكن إستناطه في هذه الحالة فلنفس ، ويكون البائع حبس المبيع ( بلانيول وريبير وعامل ١٠ ص ١٨٠ هاش رقم ٤ ) .

الثمن متأخر عن الوقت الذى عند تسليم المبيع ، أو حدد وقت لدفع الثمن دون أن يحدد وقت لتسليم المبيع فيجب في هذه الحالة تسليم المبيع بمجرد تمام البيع . أما الثمن فيدفع في الوقت الذى حدده ، ولا يجوز في هاتين الحالتين للبائع حبس المبيع حتى يستوفى الثمن (١) . كذلك لا يكون البائع في حاجة إلى حبس المبيع إذا كان وقت تسليمه متأخراً عن وقت دفع الثمن ، فهو في هذه الحالة يستطيع أن يطالب المشتري بدفع الثمن دون أن يسلم له المبيع إلا في الوقت المحدد للتسليم ، ولكن إذا جاء هذا الوقت وكان المشتري لم يدفع الثمن بعد جاز للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن (٢) .

ونلاحظ بعد ذلك أمرين : (١) إذا كان الأجل الممنوح لوفاء الثمن هو أجل منحه القاضى - وهذه هي نظرية الميسرة - لم يحل قيام هذا الأجل دون حبس البائع للمبيع إلى أن ينقضى الأجل ويستوفى الثمن ، حتى لو كان وقت تسليم المبيع سابقاً على وقت انقضاء الأجل . ذلك أن الأجل الذى يعطى لدفع الثمن فيحول دون حق الحبس يجب أن يكون أجلاً منحه البائع للمشتري كما تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٥٩ مدنى ، أما الأجل الذى يعطيه القاضى للمشتري فقد منحه القاضى لا البائع ، ولعله يكون قد منحه للمشتري رغم إرادة البائع نفسه ، وهو على كل حال أجل منظور فيه إلى التيسير على المشتري لا إلى إضاعة حق البائع في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن (٣) . (٢) إن حق البائع في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن في الأحوال المتقدم ذكرها ليس إلا تطبيقاً لقاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد ولقاعدة الحق في الحبس بوجه عام (٤) ، فإن البيع عقد ملزم للجانبين وقد تأخر المشتري فيه عن الوفاء بالتزامه

---

(١) ولكن قد يقع في هاتين الحالتين - وقت دفع الثمن متأخر عن وقت تسليم المبيع أو تحديد وقت لدفع الثمن دون تحديد وقت لتسليم المبيع - ألا يطالب المشتري بتسليم المبيع حتى يمين وقت دفع الثمن ، فللبائع مثله أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن المستحق .

(٢) بودى وسينيا فقرة ٣٠٧ ص ٣٠٨ .

(٣) لوران ٢٤ فقرة ١٧٠ - جيسوار ٢ فقرة ٢١٧ - أوبري ورو ٥ فقرة ٢٥٤

هاملش رقم ١٢ - بودى وسينيا فقرة ٣٠٦ - بلانويل وريبير وهامل ١٥ فقرة ١٥٧

ص ١٩٧ .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٢ .

وهو دفع الثمن ، فجاز للبائع أن يقف هو أيضاً من جانبه تنفيذ التزامه وهو تسليم المبيع ، فيحبسه حتى يستوفى الثمن (١) . وهذه القاعدة ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ومن ثم يجوز للمشتري أن يشترط على البائع في عقد البيع ألا يحبس المبيع حتى لو لم يستوف الثمن المستحق . وسنرى أن البائع يجوز له أيضاً ، بعد أن يثبت حقه في الحبس ، أن ينزل عن هذا الحق إما بمنحه أجلاً للمشتري لدفع الثمن ، وإما بتسليمه المبيع اختياراً للمشتري بدلاً من حبسه ، وإما بأي طريق آخر يفيد الزول عن الحق .

٤٠٤- ما الذي يترتب على ثبوت حق حبس المبيع للبائع : يترتب على ثبوت حق البائع في حبس المبيع ما يترتب على الحق في الحبس بوجه عام ، وقد بحثنا ذلك تفصيلاً عند الكلام في الحق في الحبس (٢) .

فالبايع يتمتع عن تسليم المبيع للمشتري حتى يستوفى الثمن كاملاً وفوائده التي قد تكون مستحقة ، وهذا بالرغم من أن وقت تسليم المبيع يكون قد حل . ولا يتجزأ حق الحبس ، فلو دفع المشتري بعض الثمن بقي المشتري حابساً لكل المبيع حتى يستوفى الثمن والفوائد جميعاً . ولو كان المبيع جملة أشياء بيعت صفقة واحدة ، فللبائع أن يحبس كل المبيع حتى يستوفى كل الثمن ، سواء سمي لكل شيء من الأشياء المبيعة ثمن أو لم يسم ، ولا يحق للمشتري أن يطالب البائع بتسليم بعض المبيع إذا دفع من الثمن ما يقابل هذا البعض (٣) .

وثمرات المبيع أثناء مدة الحبس تبقى من حق المشتري ، فقد قدمنا أن للمشتري ثمرات المبيع من وقت تمام البيع ، ولا يؤثر الحبس في هذا الحق . ولكن يكون للبائع الحق في حبس ثمرات المبيع مع المبيع ذاته حتى يستوفى الثمن

---

(١) وانظر من تطبيق القواعد العامة أن عبء الإثبات على المشتري ، فهو الذي عليه أن يثبت أنه وفي يائمن الحال في ذمته حتى يطالب البائع بتسليم المبيع والامتناع عن حبسه في يده ، ذلك لأن المشتري هو المدين بالثمن والمدين هو الذي يقع عليه عبء إثبات التخلص من ذمته (انظر مع ذلك بلاتيول وريير وهامل ١٠٠ فقرة ١٥٦ ص ١٧٩) .

(٢) انظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٦٨ - فقرة ٦٧٨ .

(٣) انظر المادة ١/٥٧٧ مرقى والمادة ٤٠٨ لبناني (أنفاً فقرة ٤٠٢ في الهامش) .

وفوائده التي تستحق بالرغم من عدم تسلّم المشتري للمبيع ، فإن عدم تسلّم المشتري للمبيع يرجع إلى خطئه إذ لم يوف بالتمنّ المستحق في ذمته (١) .

وعلى البائع أن يحافظ على المبيع أثناء حبسه إياه وفقاً لأحكام رهن الحيازة فيعهدل في المحافظة عليه عناية الرجل المعتاد (م ١١٠٣ مدني) ، وفي ذلك تقول الفقرة الثانية من المادة ٢٤٧ مدني : « وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته » . فإذا بذل هذا القدر من العناية فقد برئت ذمته من التزامه بالمحافظة على المبيع ، فإذا هلك المبيع بالرغم من ذلك بغير فعل البائع كان الهلاك على المشتري ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٤٦٠ مدني كما رأينا ، وهذا بالرغم من أن قيمة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع . فهي هنا على المشتري لأن التسليم لم يتم بخطئه ، فهو الذي تأخر في دفع الثمن فاضطر البائع إلى حبس المبيع . أما إذا كان الهلاك بفعل البائع ، تحمل هذا مسؤولية الهلاك إذ وقع بخطئه ، وجاز للمشتري أن يطلب حسخ البيع مع التعويض وفقاً للقواعد العامة . ويترتب على وجوب أن يبذل البائع العناية المعتادة في المحافظة على المبيع أثناء الحبس أنه إذا كان يخشى على المبيع الهلاك أو التلف ، فله أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه (٢/٢٤٧ مدني) .

ولا يجوز للمشتري ، أثناء مدة الحبس ، أن يأخذ المبيع من البائع دون إذنه ، فإن فعل جاز للبائع أن يطلب استرداده منه إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج المبيع من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه . كذلك يجوز للبائع أن يسترد المبيع من يد أي شخص آخر يأخذه منه

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيلي في هذا الصدد : « أما عمريات المبيع وقت الحبس فهي للمشتري من وقت استحقاق الثمن . وعليه فوائده الثمن » مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٢ ) . ومع ذلك فقد قصت محكمة استئناف مصر بأنه من المقرر قانوناً أن البائع له الحق في حبس العين المبيعة في فترة حبس العين . كذلك المشتري الذي يفسخ عقد البيع الصادر له ، له حق حبس العين المحكوم بفسخ البيع الصادر فيها حتى يوفى الثمن السابق له دفعه ، وهو في وضع يده حسن النية فلا يطالب بمسررات العين في فترة حبسها ( استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩٤٩ ، المجموعة ٥٠ رقم ١٦١ ) .

دون إذنه ولو كان غير المشتري ، بنفس الشروط التي يسترد بها المبيع من المشتري . وتقول المادة ٢٤٨ مدني في هذا الصدد : « (١) ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يده حائزاً أو محزراً . (٢) ومع ذلك يجوز لحابس الشيء إذا جرح الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه » (١) .

وحق البائع في حبس المبيع محتج به البائع على الغير ، فلو أن المشتري باع المبيع ، ودفع المشتري من المشتري ثمنه للمشتري ، ولكن المشتري لم يدفع الثمن إلى البائع ، جاز للبائع أن يحبس المبيع عن المشتري من المشتري حتى يستوفى الثمن من المشتري .

**٤٠٥ - كيف ينقضي حق البائع في حبس المبيع : ويبقى حق البائع في حبس المبيع قائماً إلى أن ينقضي هذا الحق ، إما بزوال سببه ، وإما بزول البائع عنه .**

فينقضي حق البائع في حبس المبيع بزوال سبب الحبس ، وذلك بأن يستوفي البائع الثمن والفوائد جميعاً ، وقد قلنا أن الحبس لا يتجزأ ، فلو بقي في ذمة المشتري بعض الثمن أو الفوائد وحدها كان للبائع أن يحبس المبيع كله حتى يستوفي ما بقي في ذمة المشتري .

وينقضي الحق في حبس المبيع بزول البائع عنه . وقد قلنا أن هذا الحق ليس من النظام العام ، فيجوز للبائع أن يزل عنه مقدماً في عقد البيع فلا يجوز أن يحبس المبيع حتى لو لم يستوفى الثمن المستحق . وكذلك يجوز للبائع ، بعد أن

---

(١) انظر المادة ٣٤٥/٢٧٤ من القانون المدني السابق والمادة ٧/٥٨٨ عراق (أ) تنأ فقرة ٤٠٢ في الهامش) . ولكن إننا نذكر المبيع في يد المشتري قبل أن يسترده البائع ، كان الملاك على المشتري من باب أول ما دام أنه على المشتري حتى لو كان في يد البائع ، ويجب على المشتري الوفاء بالثمن بالرغم من ذلك المبيع في يده ( المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجرعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٣ )

يثبت له الحق في حبس المبيع ، أن ينزل عنه صراحة أو ضمناً . فإذا سلم للمشتري المبيع اختياراً بعد ثبوت حقه في حبه ، عد هذا زولاً منه عن حقه في حبس المبيع (١) ، فلا يستطيع بعد ذلك أن يسترده من المشتري (٢) . وإنما يستطيع في هذه الحالة أن يطلب فسخ البيع لعدم وفاء المشتري بالتثمن ، فإذا قضى له بالفسخ أمكنه عند ذلك استرداد المبيع (٣) . وإذا ثبت للبائع حق حبس المبيع لعدم استيفاء الثمن المستحق ، ولكن البائع منح بعد ذلك باختياره للمشتري أجلاً لدفع الثمن ، فإن هذا يستخلص منه زول ضمنى من البائع عن حقه في حبس المبيع ، فيجوز للمشتري في هذه الحالة مع انتفاعه بالأجل الذي منحه لإياه البائع أن يطالب بتسليم المبيع بعد أن زل هذا عن حقه في حبه (٤) .

لكن حق البائع في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن المستحق لا يزول حتى

---

(١) استئناف مخطوط ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥١ - ولكن لا يعتبر تسليم المبيع إلى المشتري قرينة قانونية على أن الثمن قد دفع ، وقد يكون قرينة قضائية إذ سحت ظروف الدعوى باستخلاص هذه القرينة (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٤١ ص ٦٢٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٢٤٩٢) .

(٢) ويؤثر حق البائع في حبس المبيع حتى لو رجع إليه بطريق آخر ، كبائع السيارة يسلمها للمشتري ، ثم يسترجعها لإصلاحها فلا يستطيع أن يجبرها بالثمن (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤٩٠) . وكما يجوز للبائع النزول عن حق الحبس إطلاقاً ، ويجوز له أيضاً أن ينزل عنه بشرط أن يقدم له المشتري كفالة أو رهناً بالثمن ، فإذا قدم له هذا الضمان ، سلمه المبيع واستعاض بالضمان عن حق الحبس .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣ - وانظر المادة ٣٥٠/٢٨٠ من التقنين المدف السابق والمادة ١/٥٧٨ من التقنين المدف العراق آنفاً فقرة ٤٠٢ في الهامش .

(٤) أنظر البشارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٥٩ مدف ، والعبارة الأخيرة من المادة ٣٥٠/٢٧٩ من التقنين المدف السابق ، والمادة ١/٥٧٩ من التقنين المدف العراقي والمادة ٤٥٩ ثالثاً من تقنين المبيعات والمقود البتاني (آنفاً فقرة ٤٠٢ في الهامش) - وهذا ما لم يحتفظ البائع عند منحه الأجل للمشتري ، فيمنحه الأجل مع الاحتفاظ بمجته في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « أما إذا منح البائع للمشتري أجلاً جديداً للدفع ولم يحتفظ ، سقط حقه في الحبس (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣) . وقد قدّمنا أن الأجل (نظرة الميسرة) الذى يمنحه القاضي للمشتري لوفاء بالثمن لا يسقط حق البائع في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن بعد انقضاء نظرة الميسرة ، لأن القاضي لا يملك أن يمتنع المشتري الأجل .

لو قدم المشتري رهناً أو كفالة بالثمن . لأن البائع يطلب حقاً واجب الوفاء في الحال ، فلا يكفي أن يقدم له المشتري رهناً أو كفالة ، وإذا كان الرهن أو الكفالة يضمن له الوفاء بحقه فعنده نظيرهما إذ له حق حبس المبيع وله حق امتياز عليه ، فليس هو في حاجة إلى تأمينات أخرى ولا يجبر على الاستماضة عن التأمينات التي أعطاهها له القانون بتأمينات جديدة يقدمها له المشتري (١) . وقد رأينا (٢) أن حق المشتري في حبس الثمن ، على التقيض من حق البائع في حبس المبيع ، يزول بتقديم كفالة أو رهن للمشتري ، وهذا لأن السبب في ثبوت حبس الثمن للمشتري هو خشية من أن ينزع منه المبيع أو أن يجد البائع مفسراً عند الرجوع بضمان العيب ، فتقديم كفالة أو رهن في هذه الحالة يكتفي للإزالة سبب الحبس ، فيزول هذا الحق .

وبلاحظ أن هناك سببين لسقوط الأجل يزولان إذا قدم المشتري للبائع ضماناً . فإذا ضعفت التأمينات التي تكفل الثمن لسبب لا تدخل لإرادة المشتري فيه ، سقط الأجل ، وأصبح الثمن حالاً ، فكان للبائع حبس المبيع حتى يستوفيه ، وهذا ما لم يقدم المشتري للبائع ضماناً كافياً (م ٢٧٣ ثانياً مدني) . فهنا يتمتع على البائع حبس المبيع إذا قدم له المشتري ضماناً كافياً للثمن ، لا لأن الضمان الكافي يحل محل الحبس بعد أن يحل الثمن بسقوط الأجل ، بل لأن الضمان الكافي يمنع من سقوط الأجل فلا يكون الثمن حالاً ومن ثم لا يثبت حق البائع في حبس المبيع أصلاً . وكذلك يسقط الأجل ، فيصبح الثمن حالاً ويحبس البائع المبيع حتى يستوفيه ، إذا لم يقدم المشتري للبائع ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات . فإذا قدم المشتري بعد ذلك ما وعد بتقديمه من التأمينات ، عاد الأجل إلى الظهور ، ومن ثم لا يثبت للبائع حبس المبيع ، لا لأن التأمينات التي قدمها المشتري للبائع

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية الشروع التمهيد في هذا المبدأ ، « فإذا كان الثمن كله أو بعضه يستحق الدفع ولم يدفع ، جاز للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ، ولا يسقط حقه في الحبس ( إلا أن يقدم له : اقراً ولو قدم له ، وما ورد في المذكرة الإيضاحية وقع فيه خطأ مادي ) المشتري رهناً أو كفالة ، لأن البائع يطلب حقاً واجب الوفاء في الحال » (مجموعة الأعمال التفسيرية : ص ١٥٣ - ص ١٥٤ ) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٧ .

قامت مقام الحبس ، بل لأن حق الحبس ذاته لم يعد موجوداً بعد أن رجع الأجل إلى الظهور بتقديم المشتري التأمينات التي وعد بتقديمها .

وإذا حول البائع الثمن انذى في ذمة المشتري إلى محال له ، انتقل الثمن بضماناته إلى المحال له ، ومن هذه الضمانات حق حبس المبيع . فإذا كان المبيع لا يزال في يد البائع وسلمه للمحال له وحل الثمن ، كان للمحال له أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن من المشتري ، فلا يزول حق الحبس بالحالة (١) .

(١) يل وللمحال له أن يطلب فسخ البيع ، ويأخذ المبيع بدلا من الثمن - ومن أجل ذلك لم ينقل الثمنين المدف المديد الحكم الذي كان وارداً في المادة ٣٥٢ مدق مغلط ، وكانت تنص على أنه « ليس البائع أن يتمتع من التسليم إذا حول المشتري جميع الثمن أو يحجزه منه » ، فهذا الحكم لا يتفق مع القواعد العامة ، وقد رأينا مقتضى تطبيقها فيما قلناه . وكان القضاء الوطني يخفى في عهد الثمنين المدف السابق بأن البائع الذي حول الثمن يبقى محتفظاً بحق حبس المبيع ، لأن الثمنين المدف الوطني أنقل ذكر المادة ٣٥٢ من الثمنين المدف المغلط . فقضت محكمة شين السكوم الكلية بأنه إذا حول البائع الثمن إلى شخص آخر ، فجرد هذا التحويل لا يفهم منه عساحة أو ضماناً يحق حق البائع في حبس الدين المبيعة في القانون الأهل ، وذلك لأن الشارع قد أغفل في القانون المدف الأهل ذكر المادة ٣٥٢ من القانون المدف المغلط ، ويفهم من هذا أن الشارع الأهل قصد ألا يقطع حق حبس الدين إلا بالتسليم الحقيقي أو التنازل الصريح من هذا الحق أو دفع الثمن بالفعل ( ١٨ يناير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٩٤ ) .

وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في سدد إفعال المشروع العامة ٣٥٢ مغلط : « ولم ينقل المشروع المادة ٣٥٢ من الثمنين المغلط . فقد تركت هذه المسألة يستخلص حكمها من القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن البائع إذا حول حقه في الثمن انتقل إلى المحال له ما كان البائع من ضمانات » ( مجموعة الأعمال للتحضيرية ٤ ص ١٥٤ ) . والمفروض في هذه الحالة الأخيرة أن المشتري هو الذي أجرى حوالة الدين بالثمن فنقله من ذمته إلى ذمة المحال عليه ، وقبل البائع هذه الحوالة ، فلا يعد قبوله الحوالة نزولاً عنه من حقه في حبس البيع ، بل له أن يحبس المبيع عن المشتري حتى يستوفي الثمن إما من المحال عليه وإما من المشتري نفسه .

من هنا نرى أن الأحكام الثلاثة التي أوردها ثمنين الموجبات والقود البائى في المادة ٤٠٩ « لا تتفق مع القواعد العامة في الحكمين الأولين » ، وتتفق معها في الحكم الثالث وحده . وتنص هذه المادة كما رأينا ( أنظر فقرة ٤٠٢ في الهامش ) ، على ما يأتى : « ليس البائع أن يتمتع من تسليم المبيع - أولاً - إذا أجاز لشخص آخر أن يقبض الثمن أو البقية الواجبة منه . ثانياً - إذا قبل حوالة على شخص آخر في دفع الثمن أو البقية الواجبة منه . ثالثاً - إذا منح المشتري بعد العقد مهلة الدفع » .



## ٢٤ - فسخ البيع

٤٠٦ - **تطبيق القواعد العامة:** إذا لم يف المشتري بالثمن المستحق، فلبائع، غير حبس المبيع، ضمان آخر هو أن يطلب فسخ البيع، وتسرى القواعد العامة في طلب الفسخ، وهذه القواعد مقررة في المادتين ١٥٧ و ١٥٨ من التقنين المدني. فتتص المادة ١٥٧ على أنه ١ - في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعلاله المدين أن يطلب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض. ٢ - ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جلته. وتنص المادة ١٥٨ على أنه ١ يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعني من الإعذار إلا إذا انقضى المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه (١).

وقد كان المشروع التمهيلي للتقنين المدني الجديد يورد نصوماً يطبق فيها الأحكام المتقدمة على عقد البيع بالذات، فحلفت اكتفاء بالقواعد العامة، وسرد ذكرها فيما يلي (٢).

ويخلص من النصوص التي قلدها أنها أن فسخ البيع لعدم دفع الثمن إما أن يكون فسخاً قضائياً، وإما أن يكون فسخاً اتفاقاً

---

(١) أنظر أيضاً في هذا المعنى المادتين ١٥٨ - ١٥٩ من التقنين المدني السوري، والمادتين ١٥٩ - ١٦٠ من التقنين المدني الليبي، والمادتين ١٧٧ - ١٧٨ من التقنين المدني العراقي، والمادة ٤٢ من تقنين الموجبات والمقود البتاني.

(٢) أنظر ما يلي فقرة ٤٠٧ و فقرة ٤١١.

## (١) الفسخ القضائي

٤٠٧- مسائل مهمات : إذا أخل المشتري بالتزامه من دفع الثمن كاملاً في ميعاده ، جاز للبائع كما قدمنا أن يطلب فسخ البيع ، وتسرى القواعد العامة في صدد هذا الفسخ ، ويسمى بالفسخ القضائي لأنه متروك لتقدير القاضي ، لا لاتفاق المتبايعين كما هو الأمر في الفسخ الاتفاقي .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص في الفسخ القضائي كما سبق القول ، فكانت المادة ٦٦٠ من هذا المشروع تجري على الوجه الآتي : « (١) في بيع العقار ، يتعين الحكم بالفسخ فوراً ، إذا طلب البائع ذلك وكان مهدياً أن يضيع عليه المبيع والثمن . (٢) فإذا لم يكن مهدياً بذلك ، جاز للقاضي أن ينظر المشتري إلى أجل تقدر مدته تبعاً للظروف ، على أن يدفع المشتري الفوائد القانونية إذا لم يتفق على فوائد أخرى . (٣) فإذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن ، وجب الحكم بفسخ البيع دون إنتظار المشتري إلى أجل آخر » (١) . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة « لأنها مستفادة من القواعد العامة » (٢) .

فستعرض إذن في إيجاز القواعد العامة في الفسخ القضائي (٣) مطبقين بها على عقد البيع بالآتات ، كبحث مسائل ثلاثاً : (١) متى يجوز الفسخ (٢) وكيف يكون الفسخ . (٣) والآثار التي تترتب على الفسخ .

(١) وكان هذا النص يقابل في التفتين الذي السامقة المادة ٢٢٣/١١٤ - ١١٥ ، وهي تنص على أنه « يجوز للمحكمة أن تسلي لأسباب قوية ميعاداً للمشتري لدفع الثمن مع وضع المبيع تحت الحجز عند الاقتضاء . ولا يجوز أن يصلى إلا ميعاداً واحداً » . ويقابل في التفتين الذي العراقي المادة ٥٨١ ، وهي تنص على ما يأتي : « ١ - إذا لم يدفع المشتري عند استحقاقه ، أو أخل بالإلتزامات الأخرى التي نشأت عن عقد البيع ، فالبايع بالتأخير إما أن يلزم المشتري بالتنفيذ ، وإما أن يطلب فسخ البيع . ٢ - ويتعين الحكم بالفسخ فوراً إذا طلب البائع ذلك وكان مهدياً أن يضيع عليه المبيع والثمن . فإذا لم يكن مهدياً بذلك ، جاز للمحكمة أن تنظر المشتري إلى أجل تقدر مدته تبعاً للظروف ، على أن يدفع المشتري الفوائد القانونية إذا لم يتفق على فوائد أخرى . فإذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن ، وجب الحكم بفسخ البيع دون إنتظار المشتري إلى أجل آخر » .

(١) مجموعة الأعمال للتصنيفية ٤ ص ١٤٧ في المامش وص ١٤٩ في المامش .

(٢) أنظر في القواعد العامة في الفسخ القضائي الوسيط جزء أول فقرة ٦٥ - فقرة ٤٧٩ .

## ٤٠٨ - متى يجوز فسخ البيع لعدم الوفاء بالثمن : إذا كان الثمن

مستحق الأداء ، وتختلف المشتري عن الوفاء به ، وجب على البائع إعداره .  
فاذا لم يدفع المشتري الثمن بعد الإعذار ، جاز البائع أن يرفع دعوى على المشتري  
بطلب فيها فسخ البيع مع التعويض إن كان له مقتضى (١) . وبكفي لجواز طلب  
الفسخ أن يتخلف المشتري عن دفع الثمن كله أو بعضه (٢) ، أو أن يتخلف عن

(١) ولحكمة الموضوع أن تستخلص من المستندات المقدمة لها من أن المشتري قد نفذ  
للتزامات التي ترتبت عليه بمقتضى عقد البيع ، وسلطتها في ذلك تامة لا رقابة عليها لحكمة النقص  
(نقص مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢) . كأن لها أن تستخلص  
أنه لم ينفذ هذه الالتزامات فتقضى بالفسخ ، سواء كانت هذه الالتزامات هي دفع الثمن  
أو التزامات أخرى أخذها المشتري على نفسه في عقد البيع . ففي قضية اشترى شخص أرضاً  
من مصلحة الأملاك ، وتعهّد بإقامة معامل صناعية عليها في مدى ثلاث سنوات دون أن يقيم  
بجده المعامل ، ثم نشبت الحرب فادّعى أن الحرب تمنعه من الوفاء بالتزامه ، واستخلصت  
محكمة الموضوع من هذه الوقائع بأن نيته في عدم إقامة البناء قد تبينت من قبل نشوب الحرب بمدة  
طويلة (نقص مدني ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٢ ص ٧١٢) . فإذا ارتفع  
السبب الذي أسس عليه البائع طلب الفسخ ، وجب بحث طلب الفسخ على أساس آخر هو تقصير  
لمشتري فيما التزم به . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أسس البائع دعواه بطلب فسخ عقد البيع  
لأن المشتري ، بعد أن التزم بهداده ما هو مطلوب الحكومة التي تلقي عنها البائع ملكية المبيع  
من أقطاع الثمن ، لم يقيم بدفع شيء ، وأن الحكومة تزعت ملكية ألبانته هو وفاء المظهر بها وببعت  
ورسا مزادها على المشتري ، فحكمت المحكمة بالفسخ على أساس إجراءات البيع الجبري دون أن  
تغير الافتراض إلى ما جاء بمحاضر جلسة البيع من أن مندوب الحكومة قرر أنها تنازلت عن دعوى  
الفسخ لحصول اتفاق جديد بينهما وبين البائع وأنها رخصت الراس على المزايا المتخلف بقبض  
ما كان دفعه من الثمن وأن هذا التنازل أثبت وألزمت الحكومة بالمصاريف ، فانها تكون غطلة ،  
لأن الفسخ تأسيساً على إجراءات البيع الجبري غير جائز ما دام هذا السبب قد ارتفع ، وكان  
الواجب بحث طلب الفسخ على أساس التقصير المضي به على المشتري فيما التزم به في العقد  
(نقص مدني ٢١ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٤ ص ٣٣٠) .

(٢) وإذا اشترط البائع حلول الأقساط الباقية إذا تأخر المشتري في دفع قسط ، فإن ذلك  
لا يمنعه عند تأخر المشتري في الدفع من طلب فسخ البيع (استئناف غنطط ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٣  
م ٥٥ ص ١٣٥) ، وإذا اختار البائع المطالبة بالأقساط المتأخرة فذلك لا يمنعه إذا استمر  
المشتري في عدم الدفع من طلب الفسخ (نفس الحكم السابق) . وإذا اشترط البائع على المشتري  
ألا يبيع العين المشتراة ولا يرضها إلا بعد وفاء الثمن كاملاً ، فهذا شرط فاسخ لا شرط واقف ،  
ويكون المشتري أن يبيع أو يرض ، ولكن تصرفه يكون مطلقاً على شرط فاسخ هو دفع الثمن  
كاملاً . فإذا لم يدفع ، جاز تباعث أن يفسخ البيع الأصل فيفسخ تباعث لذلك تصرف المشتري  
بالبائع أو بالرهن (استئناف غنطط ٤ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣١) .

دفع الفوائد وحدها كما إذا كان الثمن لم يحل أجله ولكن حلت الفوائد ولم يدفعها المشتري . فتحلّف المشتري عن دفع أى جزء من الثمن حال الأداء ، أو تخلفه عن دفع الفوائد المستحقة على الثمن ، يكفى لجواز أن يرفع البائع دعوى يطلب فيها فسخ البيع ، ويستوى أن يكون الثمن الذى تخلف المشتري عن دفعه كله أو بعضه رأس مال أو إيراداً دائماً أو إيراداً مرتباً مدى الحياة . ففى تخلف المشتري عن دفع قسط من أقساط الدخّل الدائم ، جاز للبائع رفع دعوى الفسخ ، ولا يشترط تأخر المشتري عن دفع قسطين فى سنتين متوالين ، فإن هذا الشرط ليس ضرورياً لفسخ البيع ، وإنما هو ضرورى لاستبدال رأس المال بالدخّل الدائم ( م ٥٤٧ مدنى ) ( ١ ) . كذلك متى تخلف المشتري عن دفع قسط من أقساط الإيراد المرتب مدى الحياة ، جاز للبائع رفع دعوى الفسخ ، ويطلب فسخ البيع ، وأن يرد ما سبق له قبضه من أقساط الإيراد مع فوائدها الاتفاقية أو القانونية من وقت القبض ، وأن يسرد المبيع ونحوه من وقت البيع . وتنص المادة ٧٤٦ مدنى على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « إذا لم يتم المدين (بالإيراد) بالتزامه ، كان للمستحق أن يطلب تنفيذ العقد ، فإن كان العقد بعوض جاز له أن يطلب فسخه مع التمويض إن كان له عمل » ( ٢ ) . بل يكفى أن يتخلف المشتري عن رد

---

(١) جيوار ٢ فقرة ٥٧٢ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ ص ١٠٤ - بودرى وسيني  
فقرة ٥٣٨ - مكس ذلك بلانيول وديير وهسامل ١٠ فقرة ١٦٣ - بلانيول وديير  
ويولانجيه ٢ فقرة ٢٥٨٧ - كولان وكابينان ٢ فقرة ٥٩٣ - جورمان ٢  
فقرة ١١٤١ .

(٢) أما فى التقتين المدنى الفرنسى فيوجد نص خاص ( م ١٩٧٨ ) يمنع من فسخ العقد بسبب التأخر عن دفع قسط الإيراد المرتب مدى الحياة ( بودرى وسينا فقرة ٥٣٩ - بلانيول وديير وهامل ١٠ فقرة ١٦٤ ص ١٨٦ - جورمان ٦ فقرة ١١٤٢ ) . أنظر أيضاً المادة ٤٨٠ فقرة ثالثة / ٥٨٨ من التقتين المدنى السابق وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ويجوز لصاحب الإيراد فى حالة عدم الوفاء أو عدم أداء التأمينات أو إعدامها أو إظهار إفلاس المدين بالإيراد أن يحصل فقط على بيع أموال هذا المدين وتخصيص مبلغ من أثمانها كافٍ لأداء المرتبات المتفق عليها » . فكان النص يمنع الفسخ ، ولا يجوز إلا التنفيذ على الوجه المذكور . ولكن التقتين المدنى الجديد - المادة ٧٤٦ السابقة الذكر - عدلت هذا النص ، ورجعت فيه إليه مقتضى القواعد العامة . والمبرة بتاريخ كبيع ، فإن كان قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى التقتين السابق ، وإلا فالتقتين الجديد .

مصرفات البيع - إذا كان البائع قد دفعها ليرجع بها على المشتري - إلى البائع حتى يستطيع هذا أن يرفع دعوى الفسخ ، لأن مصرفات البيع ملحقة بالثمن ، وهي على كل حال التزام في ذمة المشتري في عقد بيع ملزم للجانبين ، ففي تحلف المشتري عن القيام بهذا الالتزام جاز للبائع طلب فسخ العقد (١) .

ومجوز طلب الفسخ في كل بيع ، ويستوى في ذلك بيع العقار وبيع المنقول . وإذا كانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدى التى أسلفنا ذكرها تقتصر على ذكر بيع العقار فذلك لا يمنع من أن حكمها يصبح أيضاً في بيع المنقول . إلا أنه يغلب في بيع المنقول أحد أمرين : إما أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا لم يدفع المشتري الثمن في الحالة التى تعرض لها المادة ٤٦١ مدنى (٢) وسياق بيانه ، وإما أن يمنع الفسخ حتى لو لم يدفع المشتري الثمن لتغير حالة المبيع عما كان عليه وقت البيع كما إذا كان فزلاً ففسخ أو خشباً فصنع أثاثاً أو يدرأً فوضع في الأرض (٣) . ولكن يجوز في هاتين الحالتين أن يباع منقول ويكون البيع غير مؤجل لاني دفع الثمن لاني تسليم المبيع ، ويتخلف المشتري عن دفع الثمن فيستطيع البائع في هذه الحالة ولو كان قد سلم المبيع أن يطلب فسخ البيع فسخاً قضائياً ، ويكون للقاضي حق التقدير فيها إذا كان يقضى بفسخ البيع أو يعطى للمشتري مهلة لدفع الثمن (٤) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٥٣٧ - بلانيرل وريبير دهامل ١٠ فقرة ١٦٢ - وإذا كان المبيع ينتج ثمرات وتسلمه المشتري ، وأودع الثمن خزانة المحكمة دون القوائد وهي مستحقة في هذه الحالة بمجرد تسليم المبيع ، لم يكن عرض الثمن دون القوائد صحيحاً ، وجاز للبائع طلب الفسخ (نقضى مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٠ ص ٦٤٠) . (٢) وهي حالة ما إذا اتفق المتبايعان على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع . (٣) ولا يعتبر تغيراً لحالة المبيع يمنع منه الفسخ أن يصبح المنقول عقاراً بالتخصيص ، إذا كان المنقول لا يزال محتفظاً بذاتيته المادية ، كاشية ألحقت بأرض زراعية ، وكالآلات الزراعية والسواقي ونحوها تخصص لخدمة الأرض ، وكالمرايا والمائيل توضع في منزل (بودرى وسينيا فقرة ٥٣٥) .

(٤) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يورد سكام غير هذا الحكم ، فكانت المادة ٦١٣ من المشروع تنص على ما يأتي : ١٥ - إذا كان البيع غير مؤجل ، جاز للبائع إذا لم يستوف الثمن ، أن يسترده ما بانه من منقول مادام المبيع في حيازة المشتري ، على أن يكون الاسترداد في مدة خمسة عشر يوماً من وقت تسليم المبيع ، وعلى أن يثبت المنقول حافظاً = (٥٢ م - المرميط ج ٤)

ويستوى كذلك في الفسخ القضائي أن يكون البيع بيعاً مديناً أو بيعاً تجارياً .  
غير أنه في المبيع التجاري يدخل التقنين التجاري تعديلات على حق البائع في  
الفسخ القضائي في حالة إفلاس المشتري ، فيمتنع هذا الحق إذا سلمت البضائع  
لمبعة للمفلس ، ويصبح البائع دائماً بالشئ وهو أسوة الغرماء فيه (١) .

ويستوى أخيراً في الفسخ القضائي أن يكون البيع بالممارسة أو أن يكون بيعاً  
قضائياً بالزاد العتي جبرياً كان أو اختيارياً (٢) . وإذا كان قانون المرافعات قد  
نظم إجراءات خاصة ، في حالة البيع القضائي بالزاد ، لإعادة البيع على من رسا

= لحاته التي تم عليها التسليم . ٢ - هل أنه لا يجوز أن يفسر الاسترداد بائناً للمؤجر ، إلا  
إذا أثبت أن المؤجر كان يعلم أن المنقولات وغيرها ما هو موجود بالعين المؤجرة لم يدفع ثمنها .  
٣ - لا يجوز الإخلال فيما تقدم بالقوانين والمبادئ التجارية المتعلقة بالاسترداد . فكان  
هذا النص يحمل بيع المنقول غير المؤجل - أي الذي لم يتفق فيه على ميعاد لدفع الثمن وتسليم  
المبيع - مفسوخاً من تلقاء نفسه دون اتفاق في العقد على ذلك ، إذا لم يتوف الثمن ولهذا أن  
يسترد المبيع من تحت يد المشتري إذا كان قد سلمه له ، وذلك في مدة خمسة عشر يوماً من وقت  
التسليم ، بشرط أن يكون المبيع لا يزال في حيازة المشتري ولا يزال حافظاً لحالته التي كان  
عليها وقت التسليم ، ودون إخلال بائناً للمؤجر والقوانين والمبادئ التجارية ( أنظر في  
هذا المعنى المادة ٢١٠٢ رابعاً من التقنين المدني الفرنسي والمادة ٤٦٩ من تقنين الموجبات  
والعقود البناي ) . ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذه المادة لأنها تتناول تفصيلات يحسن  
أن تترك للقواعد العامة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٠ - ص ١٥٢ في الماشر ) .  
وبمقتضى تطبيق القواعد العامة أن يكون الفسخ قضائياً ، ومن ثم يترك للقاضي سلطة التقدير  
فيما إذا كان يقضى بالفسخ أو يعطى مهلة للمشتري لدفع الثمن ، ولا يعتبر البيع مفسوخاً من  
تلقاء نفسه دون أن يكون هناك اتفاق على ذلك ، شأن المنقول في ذلك شأن العقار .

(١) وقد نصت المادة ٣٨٢ تجاري على أنه « يجوز استرداد البضائع المرسلة للمفلس المباعة  
إليه ما دامت لم تسل إلى مخازنه ولا مخازن الوكيل بالمسولة الأمور يبيها على ذمت ، إذا كان  
المفلس المذكور لم يدفع ثمنها كله ولو تحجرت به منه ورقة تجارية أو دخل في الحساب الجاري  
بينه وبين البائع له » . ونصت المادة ٣٨٤ تجاري على ما يأتي : « ومع ذلك لا يقبل طلب  
رد البضائع إذا كان المفلس باعها قبل وصولها ، وكان البيع بدون تدليس بناء على قائمتها الدالة  
على ملكيتها لها وتذكروا إرسالها أو بناء على القائمة المذكورة وتذكروا النقل بشرط أن يكون  
موضوعاً على كل منها إضفاء المرسلة » . ونصت المادة ٣٨٧ تجاري على أنه « إذا كانت البضائع  
المباعة للمفلس لم تسل إليه ولم ترسل له ولا لإنسان آخر على ذمته ، يجوز لبائنها الامتناع  
عن تسليمها » . أنظر أيضاً المواد ٣٨٥ و ٣٨٦ و ٣٨٨ و ٣٨٩ تجاري .

(٢) استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ٢/٩٣ ص ١٥٣ .

عليه المزاو وتختلف عن دفع الثمن ، فهذا الطريق الذى يقصده إعادة البيع لمصلحة الدائنين لا يمنع من سلوك الطريق الآخر وهو المطالبة بفسخ البيع وإعادة المبيع إلى صاحبه . وقد يكون لصاحبه مصلحة فى ذلك ، كما إذا كان قاصراً ويبيع عقاره بالمزاو فلم يصل إلى ثمن مناسب ولا يتوقع وصوله إلى ثمن مناسب إذا أعيد بيعه على من رسا عليه المزاو فيفسخ البيع بدلا من إعادته ويرد البيع للقاصر ، وكذا إذا كان صاحب المبيع مديناً ينفذ عليه دائتوه فانصلحت حاله وأصبح قادراً على وفاء ديونه ومن ثم تكون له مصلحة فى فسخ البيع واسترداد المبيع بدلا من إعادة البيع (١) .

والذى يطلب الفسخ هو البائع ، وخلفه العام كالوارث ، ودائتوه باستعمالهم حق مدنيهم فى طلب الفسخ ، والمحال له بالثمن إذا حول البائع الثمن إلى شخص آخر (٢) ، ومن دفع الثمن للبائع وحل محله فيه عن طريق الوفاء مع الحلول . وترفع دعوى الفسخ على المشتري ، وخلفه العام كالوارث . وإذا باع المشتري الذى لم يوف الثمن المبيع إلى مشتري ثان ، وكانت صحيفة دعوى الفسخ قد سجلت قبل تسجيل عقد البيع الصادر إلى المشتري الثانى ، فإن فسخ البيع يحتاج به على المشتري الثانى . وإذا تعدد البائع أو تعدد المشتري ، كان طلب الفسخ قابلاً للانقسام أو غير قابل له بحسب ما إذا كان المبيع قابلاً لذلك أو غير قابل (٣) .

---

(١) بودى وسيليا فقرة ٥٤٠ — بلانيول وريبير وهامل ١٠٠ فقرة ١٦٠ — كولان وكايبان ٢ فقرة ٩٥٢ — الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامل زكى فقرة ٤٤٤ .

(٢) استئناف مخطط ١٥ يناير ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٧ — ولا يجوز البائع الذى حول الثمن أن يرفع هو نفسه دعوى الفسخ إلا بموافقة المحال له ( نفس الحكم السابق ) .

(٣) استئناف مخطط ١٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٩ — أوبرى ودوه فقرة ٣٥٦ ص ١٠٤ — بودى وسيليا فقرة ٥٤٢ — فقرة ٥٤٥ — بلانيول وريبير وهامل ١٠٠ فقرة ١٦١ وفترة ١٧١ — كولان وكايبان ٢ فقرة ٩٥٦ .

ولكن يلاحظ أنه فى حالة ما إذا كان المبيع قابلاً للتجزئة ، وتجزأت دعوى الفسخ على البائعين المتعددين أو على الورثة المتعددين للبائع ، فأراد بعض منهم فسخ البيع دون الآخرين ، جاز للمشتري أن يطلب انضمام من لم يطلب الفسخ إلى من طلب حتى لا تتجزأ عليه الصفقة ، ولا يجوز أن يفسخ البعض من كل المبيع ( كولان وكايبان ٢ فقرة ٩٥٦ — جوسران ٢ فقرة ١١٤٣ — ولكن قارن بلانيول وريبير وبولانيه ٢ فقرة ٢٥٩٣ )

ويجب حتى يجوز طلب الفسخ أن يكون البائع قد قام بالتزاماته الناشئة من عقد البيع أو مستعداً للقيام بها ، فيكون قد سلم المبيع للمشتري إذا كان وقت التسليم قد حان قبل وقت دفع الثمن ، أو يكون مستعداً لتسليم المبيع بمجرد حلول وقت التسليم (١) . فإذا كان المبيع قد هلك فاستحال تسليمه ، فإن البيع ينفسخ بحكم القانون ، ولا حاجة في هذه الحالة إلى طلب الفسخ ، ويتحمل البائع تبعه الملاك كما سبق القول . وإذا كان البائع قد قبض جزءاً من الثمن وطلب الفسخ لعدم استيفاء الباقي ، وجب أن يكون مستعداً لرد ما قبضه من الثمن إلى المشتري (٢) .

== وإذا مات المشتري من ورثة متعددين ، جاز للبائع أن يطلب الفسخ في نصيب أحدهم ، ولا يمتنع هذا بطريق الصفقة فقد تفرقت قبل ذلك بالميراث ( الأستاذان أحمد نجيب الحلال وسامد زكي فقرة ٤٤٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٠ ص ٢٥٣ ) .

(١) بودري وسينيا فقرة ٥٤٦ - فلا يمتنع البائع ، وهو لم يسلم المبيع في معاد التسليم ، بأن المشتري لم يبلغ الثمن فلا داعي إلى التسليم ، فإدام هو نفسه قد تأخر في التسليم فلا يحل له طلب الفسخ حتى يسلم المبيع أولاً للمشتري ثم يطلب منه بعد ذلك دفع الثمن أو الفسخ ( بودري وسينيا فقرة ٥٤٦ - بلانول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦١ ) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الواقع الذي أثبتت محكمة الموضوع أن البائع تخلف بغير عذر عن توقيع عقد البيع النهائي ، فإن نقضها برفض دعواه التي طلب فيها فسخ البيع لتأخر المشتري عن الوفاء بالثمن لا تكون فيه مخالفة للقانون ( نقض مدني ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص ١٣٢ ) . أما إذا طلب البائع الفسخ ، وفي أثناء نظر الدعوى باع جزءاً من المبيع لأنه يئس من دفع المشتري للثمن ، لم يجوز للمشتري أن يمتنع عليه بأنه خالف عقد البيع ، لأن البائع لم يلجأ إلى هذا العمل إلا بعد يأسه من قيام المشتري بدفع الثمن ( نقض مدني ١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٠ ص ٦٤٠ ) .

(٢) ويجوز أن يشترط المشتري في عقد البيع ألا يكون البائع حق الفسخ وليس له إلا حق التنفيذ . عل أن تنازل البائع عن حق الفسخ عل هذا النحو يجب أن يكون واضحاً وأن يفسر تفسيراً ضيقاً شأن كل تنازل عن الحق . فإذا اشترط الفسخ عند عدم دفع المشتري لقسط الأول من الثمن ، لم يجوز أن يستخلص من هذا أنه قد زل عن حقه في الفسخ عند تأخر المشتري في دفع الأقساط الباقية . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان عقد البيع المذكوراً فيه أن البائع قد اشترط لمصلحة نفسه أن عدم دفع القسط الأول يسمل البيع لاغياً ، ورأت محكمة الموضوع أن هذا الشرط ليس معناه أن القسط الأول إذا دفع ولم تدفع الأقساط الباقية يكون البائع محروماً مما ينحوله له القانون من طلب فسخ البيع عند عدم دفع المتأخر من الثمن ، بل إن هذا الحق ثابت له بنص القانون وبقاء له من غير أي اشتراط في العقد بخصوصه ، فإن تفسيرها هذا كشرط لا يصح الطعن عليه بأنه يخالف المقعد الذي هو قانون المشتقين ، لأنه تفسير يحمله العقد ولا غبار عليه قانوناً . ولكن كان يصح ==



٤٠٩ - كيف يكونه فسخ البيع : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ مدني تنص بوجوب أن يعذر البائع المشتري أن يدفع الثمن قبل أن يرفع دعوى الفسخ . وإذا لم يعذر البائع المشتري قبل رفع الدعوى، فإن رفع الدعوى بالفسخ يعد إعداراً (١) ، ولكن الإعدار السابق على رفع الدعوى تظهر أهميته العملية في أنه يجعل القاضي أسرع استجابة إلى طلب الفسخ ، وإلى الحكم بمصرفات الدعوى على المشتري ، وإلى الحكم عليه أيضاً بتعويض فوق الحكم بالفسخ (٢) .

ولا يقع فسخ البيع من تلقاء نفسه كما قلنا ، بل لا بد من رفع دعوى وصدور حكم بالفسخ ، وهذا هو الفرق ما بين الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي . ففي الفسخ القضائي يكون الحكم منشأ للفسخ ، ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ

---

== هذا العلم لو أن القدر كان مذكوراً فيه بصفة صريحة أن البائع لا يكون له حق طلب الفسخ إذا تأخر دفع ما يند التسط الأول بل يكون له فقط حق تقاضي المتأخر مضموناً بماله من امتياز مل الغار المبيع ( نقض مدني ٢ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٩ ص ٧٥٠ ) .  
(١) استئناف غنطط ١٩ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٤ ص ١٢٢ .

(٢) ولا يمكن لرتب الأثر القانوني للإعذار أن يكون المشتري قد قال في دعوى أخرى أن البائع أنذره، ما دام ذلك القول قد صدر في وقت لم يكن النزاع على القدر المتنازع فيه مطروحاً، بل يجب تقديم الإنذار حتى يمكن للمحكمة أن تتبين إن كان يترتب عليه الفسخ أم لا ، وذلك بالرجوع إلى تاريخه وما تضمنته لأنه قد يكون حاصل قبل الميعاد المعين لفواء أو قبل قيام البائع بتعهداته التي توقفت عليها تعهدات المشتري ( نقض مدني ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٢ ص ٢٩٣ ) ونقضت محكمة النقض بأنه وإن كان يتبين لكى تقضى المحكمة بنفس عقد البيع تحقيقاً للشرط الفاسخ ضمنى أن يثبه البائع على المشتري بالفواء تنبهاً رسمياً ، إلا أن محل ذلك ألا يكون المشتري قد صرح بعدم رغبته في القيام بالتزامه . فإذا كان المشتري قد عرض ثمناً أقل مما هو ملزم بإسداده وصمم على ذلك حين الفصل في الدعوى ، فلا يكون هناك حاجة - لكى يصح الحكم بالفسخ - إل ضرورة التنبيه على المشتري بوفاء الثمن المسحق ( نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٦ ص ٦٣١ - ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨ ) .

وإذا أعذر البائع المشتري وحدد له في الإعذار مدة لدفع الثمن، فإن هذه المدة لا تسلب الإعذار أثره القانوني ( استئناف غنطط ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٨ ) . والإعذار واجب حتى لو جعل البيع موقفاً على شرط دفع الثمن ( استئناف غنطط ١٣ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧٠ ) . ورفع الدعوى يعتبر إعداراً كما تقدم، وهو لا يلزم القاضي جته في إعطاء المشتري مهلة لدفع الثمن ( استئناف غنطط ١٩ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٥ ) .

القضائي من أعمال التصرف فيجب أن تتوافر أهلية التصرف في البائع حتى يقوم بهذه المطالبة ، فإذا رفع الوصي دعوى بالفسخ بدون إذن المحكمة كانت الدعوى غير مقبولة . أما في الفسخ بالاتفاق فإن الحكم يكون مقررًا للفسخ لا منشأً له ، وتعتبر المطالبة بالفسخ في هذه الحالة من أعمال الإدارة يستطيع الوصي أن يقوم بها دون إذن المحكمة .

وأبرز ما يميز الفسخ القضائي أن الحكم بفسخ البيع ليس محتمًا على القاضي . وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ مدني تقول : « ويجوز للقاضي أن يمنع المدين أجلًا إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جلته » . وكانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدي ، كما رأينا ، تقضي بأنه يتعين على القاضي الحكم بالفسخ إذا كان البائع مهددًا أن يضيع عليه المبيع والتمن ، فإذا لم يكن مهددًا بذلك جاز للقاضي أن ينظر المشتري إلى أجل تقدر مدته تبعًا للظروف ، على أن يدفع المشتري الفوائد القانونية إذا لم يتفق على فوائد أخرى ، فإذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن وجب الحكم بفسخ البيع دون إنظار المشتري إلى أجل آخر . فالحكم بالفسخ القضائي إذن لا يكون محتمًا على القاضي كما قدمنا ، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتنفيذ ، وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضي .

فللدائن بعد رفع دعوى الفسخ أن يعدل قبل الحكم عن هذا الطلب إلى طلب التنفيذ (١) ، كما أن له إذا رفع دعوى التنفيذ أن يعدل عن طلب التنفيذ إلى طلب الفسخ (٢) . ولكن لا يجوز له الجمع بين التنفيذ والفسخ في طلب واحد .

(١) استئناف مخطط ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٦ ص ٢٢٦ .

(٢) استئناف مخطط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٦ . ولكن إذا قضى بالتنفيذ ابتداءً ، لم يجوز للبائع في الاستئناف العدول عن التنفيذ إلى طلب الفسخ ( استئناف مخطط ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٥ ) ، ولكن له طلب الفسخ احتياطيًا مع استيفائه طلب التنفيذ طلبًا أسلبيًا في الاستئناف ( استئناف مخطط ١٨ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٩٦ ) . كذلك إذا رفعت دعوى الفسخ ، فقبل المشتري الفسخ وأعلن قبوله للبائع ، لم يعد يجوز للبائع أن يعدل عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ ( استئناف مخطط ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢٣ ) ولقد له الحق في قبول الفسخ هو المشتري ، وليس المشتري من المشتري فهذا يبق مصير شرائه مطلقًا على فسخ البيع الأول أو بقاءه ( استئناف مخطط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٧ ) -

وإذا كان قد نزل عن أحد الطرفين فلا يستطيع الرجوع إليه ، ولكن مجرد رفع الدعوى بطلب منهم لا يعتبر كما رأينا نزولاً منه عن الطلب الآخر .

والمدعى هو أيضاً ، قبل الحكم النهائي بالفسخ (١) ، أن يدفع الثمن فيمنع الحكم بالفسخ . وإنما يجوز للقاضي في هذه الحالة أن يحكم عليه بالتعويض إذا كان له مقتض ، وبخاصة إذا كان البائع قد أعذره قبل رفع الدعوى (٢) .

والقاضي أخيراً سلطة تقديرية في إجابة البائع إلى طلب الفسخ كما سبق القول . فقد يقضى بالفسخ إذا كانت الظروف تبرر ذلك ، وبوجه خاص إذا رأى البائع مهدداً أن يضيع عليه المبيع والثمن ، كما إذا كان المبيع داراً تسلمها المشتري وأخذ في هدمها ، أو كان المبيع منقولاً وخشى أن يبيعه المشتري لمشتري ثان حسن النية فيملكه بالحيازة . وقد يرى القاضي ألا مبرر لفسخ البيع ، لاسيما إذا كان المشتري قد دفع أكثر الثمن ولم يبق إلى القليل ، أو كان المشتري في ظروف سيئة منته من دفع الثمن ولكن يتوقع تحسن هذه الظروف سريعاً فبني بالتزامه (٣) . ففي مثل هذه الأحوال يرفض القاضي طلب الفسخ ، ويمتنع المشتري مهلة لدفع الثمن أو الباقى منه (٤) . وهذه المهلة يقدر القاضي مدتها بحسب الظروف ، وهي

(١) ولو أمام المحكمة الاستئنافية قبل صدور الحكم النهائي ( استئناف وطني ٩ نوفمبر سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢٢ من ٢٣ - ٢٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٢ ص ٩٩ ) ، ولولم يرفع التماس قبلت المحكمة النظر فيه لأن قبول التماس يبيد إلى المصنوع حقوقهم التي كانت لهم قبل صدور الحكم المقبول فيه التماس ( استئناف وطني ٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٤٩ ص ١٠٣ ) . وللمشتري الحق في تنفيذ العقد ما دام الفسخ لم يصدر به حكم ، فإذا كان المشتري قد أبدى استعداده لذلك بالجلسة الابتدائية وعرض القسط المستحق من الثمن على البائع عرضاً حقيقياً فلا يكون ثمة موجب يقتضي فسخ العقد ( استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٦٥ )

(٢) ويجوز للبائى المدين ولئن كسب من المشتري سقاً عينياً على المبيع أن يستعملوا حق المشتري فيفسخوا الثمن ليعتقوا فسخ البيع ( يودى وسينايا فقرة ٥٥٠ ) .

(٣) وقد قضت محكمة مصر الكلية بأنه ينبغي في حالة الفسخ القضائي التفرقة بين ما إذا كان إخلال أحد الطرفين بالتزاماته التعاقدية مرده إلى الانتناع عن الوفاء بالتزام أصل أو الانتناع من الوفاء بالتزام تبني ، ومن المسلم به أن عدم تنفيذ الالتزامات التيمية لا يؤدي إلى فسخ العقد ( مصر الكلية ٢٦ يوتيه سنة ١٩٥٤ الهاماة ٣٥ رقم ٣٨ ص ١٥٢ ) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن إعطاء المشتري لثمن في دفع الثمن مباداً لوفاء بدلا من الحكم بالفسخ إعمالاً لمادة ٣٢٣ مدني (سابق) من الرخص التي أطلق الشارع فيها لقاضي

تظرة الميسرة (délai de grâce) المنصوص عليها في المادة ٢/٣٤٦ مدني على الوجه الآتي : « على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدعي إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » . وقد كانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدى التي حذفت اكتفاء بالقواعد العامة تنص على أمرين : (١) أن المشتري يدفع ، في المهلة التي أنظر إليها ، الفوائد القانونية إذا كان لم يتفق على فوائد أخرى . وبعد حذف هذا النص يمكن القول بأن الفوائد الانفاقية تسرى ، أما إذا لم يكن متفقاً على فوائد فيتعذر القول بأن الفوائد القانونية تسرى إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فإذا طلب البائع في صحيفة دعوى الفسخ هذه الفوائد كطلب احتياطي في حالة رفض الفسخ كان له الحق فيها . (٢) إذا أمهل المشتري مدة ولم يدفع الثمن أثناء المهلة ، لم يجز إمهاله مدة أخرى بل يتمتع بالحكم بفسخ البيع . وبعد حذف النص لا يبقى أمامنا إلا تطبيق المادة ٢/١٥٧ مدني فيما يتعلق بدعوى الفسخ وهذه تقضى بجواز أن يمنح القاضي المشتري أجلاً إذا اقتضته الظروف ذلك ، وتطبق المادة ٢/٣٤٦ مدني وهذه تقضى بجواز أن يمنح القاضي المشتري أجلاً معقولاً أو آجلاً ينفذ فيها التزامه بدفع الثمن . ومن ثم وجب القول إنه إذا أعطى القاضي أجلاً للمشتري في دعوى الفسخ ، وجب على

---

الموضوع الخيار في الأخذ بأحد وجهي الحكم في القانون حسبما يراه هو في ظروف كل دعوى بغير معقب عليه . فلا يقبل النفي على الحكم بقصور أسبابه من بيان الاعتبارات التي اعتمد عليها في منح المهلة للرفاء . يتأخر الثمن ( نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣٤ ص ٥٢٤ - وانظر أيضاً ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٤ ص ٢٧٣ ) . وفي بيع سيارة تأخرت البائعة عن نقل رخصة السيارة إلى المشتري ، فلم تقض المحكمة بالفسخ لأن نقل الرخصة ليس بالتزام جوهرى ( نقض مدني ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٢ ص ٩١٠ ) . وفي قضية أجلت المحكمة النظر في القضية بقرار واعتبرت أن هذه مهلة للمشتري ، ولما لم يدفع حتى انقضى مياد التأجيل قضت بالفسخ ، فأقرت محكمة النقض هذا الحكم ( نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٥٤ ص ٥١٠ ) . وانظر أيضاً في أن الحكم بالفسخ غير واجب وأن حل محكمة الموضوع أن تبين الاعتبارات التي دعماً للقضاء بالفسخ مع أن المشتري عرض الثمن قبل حكم : نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦٠ ص ١٠٢٤ - ٤ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣٤ ص ٣٠٣ ) .

المشتري دفع الثمن في غضون هذا الأجل ، وليس للقاضي أن يمنع المشتري أجلاً آخر ويعتبر البيع مفسوخاً بعد انقضاء الأجل الممنوح دون أن يني المشتري بالثمن . وهذا بخلاف الأجل الذي يمنحه القاضي في دعوى التنفيذ ، فإنه يجوز أن يتكرر طبقاً للمادة ٢/٣٤٦ مدني ، كما يجوز إعطاء أجل آخر في دعوى الفسخ إذا كان الأجل الأول أعطى في دعوى التنفيذ (١) .

وليس لدعوى الفسخ مدة خاصة تتقدم بها ، فتتقدم إذن بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق في الفسخ ويكون ذلك عادة عند الإعذار (٢) .

وتسقط دعوى الفسخ أيضاً بالتزول عنها صراحة أو ضمناً كما إذا وافق البائع على تصرف المشتري في المبيع ، وبتغير ذاتية المبيع كما إذا كان غزلاً ففسخ (٣) .

ودعوى الفسخ دعوى مختلطة إذا كان المبيع لا يزال في يد المشتري ، فإن كان عقاراً أمكن رفع الدعوى أمام محكمة العقار . وهي دعوى شخصية محضة إذا أخرج المبيع من يد المشتري ، فيجب رفع الدعوى في هذه الحالة أمام محكمة موطن المشتري (٤) .

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٥ ص ٧٠٧ وهامش رقم ٣ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٦ - استئناف وطني ١٧ يونيو سنة ١٨٩٠ الحقوق ص ٢٠٠ .

(٣) وتسقط كذلك بتزاع ملكية العقار المبيع المنفعة العامة ( م ٢٩ من قانون نزع الملكية ، وينتقل حق البائع من العقار إلى التصويص المدفوع لنزع الملكية ) ، ويتزاع ملكية العقار بواسطة دائي المشتري إذا لم يكون البائع ما يفيد رفع دعوى الفسخ في قائمة شروط البيع قبل الجلسة المحددة للنظر في الاعتراضات بثلاثة أيام على الأقل ( م ٦٥٠ مرافعات ) ، وبتسليم البضاعة إلى غازن المشتري المنفلس ( م ٣٨٣ تجاري ) ، وبعدم قيد البائع لامتيازته حتى يوم صدور الحكم بالمنفلس المشتري ( م ٢٣١ تجاري ) إذ سقوط حق الامتياز يستتبع سقوط حق الفسخ ( الأستاذان أحد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٤٥٨ - فقرة ٤٦٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٠٩ ) .

(٤) بودري وسبينا فقرة ٥٦٣ . ولكن دعوى البائع على المشتري بدفع الثمن هي دعوى شخصية محضة ( استئناف غنطط ١٩ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٨٠ ) . وإذا حل المشتري من المشتري محل المشتري في التزاماته نحو البائع ، نياز البائع رفع دعوى الفسخ على المشتري من المشتري في موطنه دون حاجة إلى إدخال المشتري الأصل في الدعوى ( استئناف غنطط ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦ ) .

#### ٤١٠ - الآثار التي تترتب على فسخ البيع : يترتب على فسخ

البيع على النحو الذى قدمناه ما يترتب على فسخ أى عقد آخر ، وتقرر المادة ١٦٠ مدنى القاعدة العامة فى هذا الصدد فتقول : « إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض » . وهذا نص عام يبين ما يترتب على الفسخ من أثر ، سواء كان فسخاً قضائياً أو فسخاً اتفاقياً أو انفساخاً بحكم القانون .

والحكم بفسخ البيع يجعله ينحل بأثر رجعى ، لا من وقت النطق بالحكم فحسب ، بل من وقت نشوء العقد . وإذا كان هذا مفهوماً فى الفسخ الاتفاقي والفسخ القانوني حيث يقتصر الحكم على تقرير أن العقد مفسوخ دون أن ينشئ الفسخ ، فإنه أيضاً مفهوماً فى الفسخ القضائي ولو أن الحكم منشئ لا مقرر ، فلا يوجد ما يمنع من أن يكون الحكم منشئاً للفسخ ويكون له مع ذلك أثر رجعى ، فالحكم بالشفعة هو حكم منشئ وينقل الملكية العقار المشفوع فيه من وقت البيع لا من وقت النطق بالحكم (١) . وينحل البيع بأثر رجعى فيما بين المتبايعين وبالنسبة إلى الغير .

ويترتب على انحلال البيع بأثر رجعى فيما بين المتبايعين أن البيع يعتبر كأن لم يكن ، ويعاد كل شيء إلى ما كان عليه قبل البيع . فإذا كان المشتري قد تسلم المبيع ، رده هو وثمراته (٢) . وإذا كان البائع قد قبض جزءاً من الثمن أو أقساطاً من الإيراد المرتب مدى الحياة ، رد ما قبضه مع فوائده القانونية من يوم القبض . ويجوز للبائع أن يحبس ما قبضه حتى يسرد المبيع وثمراته (٣) ، كما يجوز للمشتري

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٧ .

(٢) فلا يكون له حق فى الثمار . قد نفقت محكمة النقض بأنه وإن كان المشتري حق حبسه العين المحكوم بفسخ البيع فيها وذلك حتى يوفى الثمن السابق له دفعه تأسيساً على أن التزامه برد العين يقابله التزام البائع برد ما دفعه إليه من الثمن ، لكن ذلك لا يرتب عليه الحق فى تملك المشتري ثمار المبيع بعد أن أصبحت من حق مالك العين بحكم الفسخ ، ولا محل للاحتجاج بتاعده تملك الثمار بالحيازة فإن المشتري يعلم أن العين ليست له وإنما هو حابس لها (نقض مدنى ، يناير سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٢ ص ٢٢٤) .

(٣) استئنات مخط ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢٣ .

أن يحبس المبيع ومثرائه حتى يسترد الجزء الذى دفعه من الثمن (١) ، وذلك كله طبقاً للقواعد المقررة فى حق الحبس (٢) . وإذا بنى المشتري أو غرس فى العين المبيعة ، اعتبر بائناً أو غارساً بسوء نية ، لأن الفسخ ترتب بسبب آت من جهته ، وطبقت القواعد العامة المقررة فى البناء أو الغراس فى أرض الغير (٣) . وكذلك الحال فى المصروفات الضرورية والنافعة والسكالية ، تطبق فيها القواعد المقررة فى هذا الشأن مع اعتبار المشتري سبب سوء النية . وإذا هلك المبيع فى يد المشتري قبل أن يردده ، فإن كان الهلاك بخطأه حكم عليه بالتعويض ، وإن كان الهلاك بسبب أجنبي فللبائع إذا لم يكن قد صدر حكم بفسخ البيع أن يعدل عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ فتكون تبعة هلاك المبيع على المشتري . أما إذا كان قد صدر حكم نهائى بفسخ البيع ثم هلك المبيع بسبب أجنبي فى يد المشتري ، لم يكن المشتري مسئولاً عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ، كما إذا كان المبيع قد

(١) استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ١٨ ص ٢٩٦ .

(٢) ولم يكن فى التتبعين المدعى السابق دس عام فى الحبس ، ولكن القضاء كان يسطى المشتري حق حبس العين المبيعة حتى يسترد ما وفاه من الثمن إذا لم يكن قد ارتكب خطأ . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لم يرد فى القانون نص عن جواز حبس العين المبيعة تحت يد المشتري إذا فسخ البيع إلى أن يرد البائع ما دفعه له من الثمن ، وإنما جاء النص بالمادة ٢٧٩ من القانون المدنى عن حق البائع فى حبس المبيع تحت يده لحين استرجاعه فوراً على المستحق من الثمن . على أنه إذا جاز التمسك على هذا النص وعلى نصوص أخرى فى القانون من اعتبار أى دائن ذا حق فى حبس العين الناتجة عنها الدين تحت يده لحين الحصول على دينه ، ومن ثم جاز هذا الحق للمشتري الذى فسخ البيع الصادر إليه حتى يستوفى ما دفعه ، إلا أنه يشترط فى هذه الحالة وجوب توفر ركنين أساسيين : الأول أن يكون الدائن حائزاً فعلاً للشيء الذى يطلب حبه وأن تكون هناك علاقة سببية بين الدين والشيء المراد حبه ، أى أن يكون منشأ الدين وسببه العين التى المدين تحت يد الدائن . والثانى أن يكون سبب تلك الحيازة وأساسها سلامة النية ، وعليه فإذا كان فسخ البيع ناتجاً عن أن الشراء قد حصل بنش وتدليس فلا تكون حيازة المشتري العين المبيعة حينئذ بسلامة نية . وعليه فإذا كان فسخ البيع ناتجاً عن أن الشراء قد حصل بنش وتدليس فلا تكون حيازة المشتري العين المبيعة حينئذ بسلامة نية وانتهى حق الحبس ( استئناف وطنى ٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ المحقوق ٢٣ ص ١٣٢ ) . انظر أيضاً استئناف وطنى ٢٠ مارس سنة ١٩١٦ المجلد ١٦ الرسمية ١٧ رقم ٦٧ ص ١١٠ .

(٣) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٧٠ - بودوى وسيثا فقرة ٥٥٩

ص ٩٠ - بلانيرول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٦ .

تلف فبرده المشتري في الصورة التي آت إليها (١) . وإذا استبقى المشتري المبيع في يده بعد الحكم بالفسخ ولم يقبل رده فأصبح سبيء النية ، ثم هلك المبيع بسبب أجنبي ، وجب على المشتري أن يرد للبائع قيمة المبيع وقت الهلاك ، إلا أن ثبت أن المبيع كان يهلك حتى لو كان قد رده إلى البائع وقت الفسخ (م ٩٨٤ مدني) (٢) . وللبائع إذا أُجيب إلى فسخ البيع أن يطالب المشتري - فوق رد المبيع - بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب تخلف المشتري عن القيام بالتزامه ، كأن تكون صفقة قد فانت عليه بسبب البيع الذي فسخ ، ويبنى التعويض هنا على أساس المسئولية التقصيرية لأن البيع بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساساً للتعويض (٣) .

ويترتب على انحلال البيع بأثر رجعي بالنسبة إلى الغير أنه إذا كان قد ترتب للغير حق على المبيع من جهة المشتري ، فإن هذا الحق يزول هو أيضاً بأثر رجعي تبعاً لزوال حق المشتري . ولكن يجب هنا التمييز بين المنقول والعقار . ففي المنقول تعترض هذا الحكم عادة عقبة ترجع إلى القاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية . فإذا كان المبيع منقولاً ، وباعه المشتري إلى مشتري ثان وسلمه إياه ، ثم فسخ البائع البيع ، لم يستطع أن يسترد المبيع من تحت يد المشتري الثاني إذا كان حسن النية ، لأن هذا يكون قد ملكه بالحيازة ، فيرجع البائع على المشتري بالتعويض . أما إذا كان المشتري الثاني لم يقبل المبيع أو كان سبيء النية يعرف سبب الفسخ ، فإنه لا يملك المبيع بالحيازة ، بل يرد إلى البائع ويرجع على المشتري بالضمان . وإذا كان المبيع أثاث منزل وضعه المشتري في عقار استأجره فثبت عليه امتياز المؤجر ، لم يستطع البائع استرداده بعد فسخ البيع إلا مثقلاً بهذا الامتياز . أما إذا كان المبيع عقاراً ، فإن فسخ البيع لا يضر بالحقوق التي كسبها الغير على هذا العقار إلا إذا سجلت صحيفة دعوى الفسخ قبل تسجيل التصرف الذي أكسب الغير هذه الحقوق ( انظر المادتين ١٥ و ١٧ من قانون

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٨ ص ٧١٠ .

(٢) الوسيط جزء أول ص ٧١٠ هامش رقم ٣ .

(٣) نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة حر. ٢ رقم ١٤٨ ص ٤٤٢ .



الشهر العقارى ) . فاذا باع المشتري العقار لمشتري ثان ، وسجل هذا المشتري الثانى البيع الصادر له قبل تسجيل البائع صحيفة دعوى الفسخ ، فان الحكم بفسخ البيع لا يكون له أثر فى حق المشتري الثانى إذا كان حسن النية . وإذا كانت صحيفة دعوى الفسخ قد سجلت قبل تسجيل البيع الثانى ، كان لفسخ البيع الأول أثر فى حق المشتري الثانى ولو كان حسن النية ، واستطاع البائع أن يسترد العقار من تحت يده . كذلك إذا رتب المشتري على العقار رهناً ، وكان الدائن المرتهن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن ، فان الرهن فى هذه الحالة لا يتأثر بفسخ البيع . وقد ورد فى هذه المسألة الأخيرة نص خاص ، إذ قضت المادة ١٠٣٤ مدنى بأنه « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرّر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن » . ويمكن اعتبار هذا النص تطبيقاً للمادة ١٧ من قانون الشهر العقارى ، فيفرض فرضاً غير قابل للإثبات العكس أن الدائن المرتهن سبىء النية إذا كان قد قيد رهنه بعد تسجيل صحيفة هذه الدعوى ، وذلك للتوفيق ما بين النصين (١) .

## ب- الفسخ الاتفاق

٤١١- **انقضاء المتبايعين على الفسخ :** رأينا أن المادة ١٥٨ مدنى تنص بأنه « يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا ينعى من الإعتبار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه » . وكان المشروع

---

(١) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٩ ص ٧١٣ - ويعتبر الإيجار الصادر من المشتري لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات من أهال الإدارة ، فيبقى قائماً بالرغم من فسخ البيع ( أنظر م ٥٥٩ وم ٧٠١/٢ مدنى حيث يعتبر الإيجار لثلاث سنوات من أهال الإدارة رغم تحقق الشرط الفاسخ - وانظر بلانيرول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٠ - وقارن الأستاذ أحمد نجيب الملل وحامد زكى فقرة ٤٥٧ ) .

التعهدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص يطبق هذه القاعدة العامة فى خصوص البيع ، فكانت المادة ٦١١ من هذا المشروع تنص على أنه « فى بيع العقار ، إذا اشترط البائع أن يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن فى الميعاد المحدد ، كان للمشتري مع ذلك أن يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد مادام لم يعلز ، إلا إذا نص العقد على أن التسخ يقع دون إعدار ، وفى كل حال لا يجوز للقاضى أن يمنح المشتري أى أجل » (١) . وحذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة « لأنها مستفادة من القواعد العامة (٢) .

٤١٢ - التدرج فى الانقاف على التسخ : ويتدرج فى العمل الشرط الذى يرد فى عقد البيع قاضياً بفسخه إذا يوف المشتري بالثمن (lex commissoria, pacte commissoire) . فأذن مراتب هذا الشرط هو أن يشترط البائع على المشتري أن يكون البيع مفسوخاً إذا لم يوف المشتري بالثمن . وقد يصل الشرط إلى مرتبة أقوى ، فيشترط البائع على المشتري أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه أو أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم . ثم قد يصل الشرط إلى أعلى مرتبة من القوة ، فيشترط البائع أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعدار ، أو أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعدار . فنستعرض هذه المراتب المتفاوتة

---

(١) وكان هذا النص يقابل فى التقنين المدنى السابق المادة ٤١٦/٣٢٤ ، وهى تنص على أنه « إذا اشترط فسخ البيع عند عدم دفع الثمن ، فليس للمحكمة فى هذه الحالة أن تعطى ميعاداً للمشتري ، بل يفسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن بعد التنبيه عليه بذلك تنبيهاً رسمياً ، إلا إذا اشترط فى العقد أن البيع يكون مفسوخاً بدون احتياج إلى التنبيه الرسمى » . ويقابل فى التقنين المدنى لمراتى المادة ٥٨٢ هـ ، وهى تنص على أنه « إذا اشترط البائع أن يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن فى الميعاد المحدد ، كان للمشتري مع ذلك أن يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد ما لم يعلز ، إلا إذا نص فى العقد أن التسخ يقع دون إعداره . وفى كل حال لا يجوز للمحكمة أن تمنح المشتري أى أجل » . ويقابل فى تقنين الموجبات والنفود البنائى المادة ٦٨٨ هـ ، وهى تنص على أنه « إذا اشترط فسخ البيع لعدم دفع الثمن ، فالعقد يفسخ حتماً بمجرد علم النفع فى الأجل المضروب » .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٧ - ص ١٤٩ فى الخامس .

في خصوص عقد البيع (١) ، كما استعرضناها في العقد بوجه عام في الجزء الأول من الوسيط (٢) .

**٤١٣ - الانقراض على أنه يكونه البيع مفسوما :** ينطب أن يكون المتبايعان قد أرادا بهذا الشرط أن يرددا في الفاظ صريحة القاعدة التي سبق أن بسطناها فيما يتعلق بالفسخ القضائي . ومن ثم لا يفي هذا الشرط عن إعدار البائع للمشتري ، ولا من الالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ البيع ، ويكون هذا الحكم منشأ لا كاشفاً ، ولا يسلب القاضي سلطته التفسيرية فيجوز بالرغم من وجود هذا الشرط أن يمنح المشتري أجلا لدفع الثمن ويرفض طلب الفسخ (٣) . بل إن هذا الشرط لا يمنع المشتري من توقي الحكم بالفسخ ، بأن يدفع الثمن قبل أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تعهد المشتري بأداء باقي الثمن في ميعاد عينه ، فإن لم يؤده في هذا الميعاد كان للبائع الحق في فسخ البيع ولو كان قد سجل ، فهذا ليس إلا ترديداً لقاعدة الفسخ القضائي (٤) .

(١) وترد هذه الشروط في بيع المنقول كما ترد في بيع العقار ، ومن ثم يكون الحكم الصادر في المادة ٦١١ من المشروع التمهيدى التي حذفت في لجنة المراجعة ، وكانت مقصورة على بيع العقار ، يطبق أيضاً على بيع المنقول . وقد خص بيع العقار بالذكر في هذا النص لأنه هو الذي يرد بشأنه في الغالب هذه الاتفاقات المتدرجة ، أما بيع المنقول فيتميز بحكم خاص به ورد في المادة ٤٦١ مدني وسيأتي بيانها . فإذا خرجنا عن نطاق هذه الحالة التي عرضتها المادة ٤٨١ مدني في بيع المنقول ، كان حكم بيع المنقول هو حكم بيع العقار في شأن هذه الاتفاقات وتدرجها (بودري وسيتيا فقرة ٥٥٤) .

(٢) الوسيط جزؤه أول فقرة ٤٨٢ - فقرة ٤٨٥ .

(٣) استئناف مخطوط ١٥ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٢ .

(٤) نقض مدني ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره رقم ٢٥ ص ٥٨ - وقضت أيضاً بأن للنص في العقد على أنه في حالة تأخير سداد القسط الأول يحق للبائع فسخ العقد ويكون ما دفعه المشتري حقا مكتسبا للبائع المذكور ، ذلك ليس إلا ترديداً للشرط التناقص الفسخي المقرر بحكم القانون في العقود المأذنة للجانبين (نقض مدني ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٤ ص ٢٧٢) . وقضت كذلك بأنه لا يكون الشرط التناقص مفسوماً بفسخ حتماً إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتماً عند تحققه بنظر حاجة إل تنبيه أو إنذار . أما الشرط الفسخي التناقص *pacte commissaire tacite* فلا يلزم التناقص به بل هو يخضع =

على أنه قد يتضح من الظروف أن المتبايعين أرادا بهذا الشرط أن يحثا فسخ البيع ، فيبقى وجوب الإعذار ووجوب الالتجاء إلى القضاء ، ولكن لا يملك القاضى فى هذه الحالة إعطاء مهلة للمشتري لدفع الثمن ، ويتعين عليه الحكم بفسخ البيع وحكمه يكون منشأً لا كاشفاً .

#### ٤١٤ - الوثائق على أنه يكون البيع مفسوما من تلفه نفسه.

أر مفسوما من تلفه نفسه رده عامة الى حكم : الشرط على هذا النحو لا ينفى من الإعذار . فإذا لم يعلن البائع المشتري أن يدفع الثمن ، ورفع دعوى الفسخ ، جاز للمشتري أن يتوق الفسخ بدفع الثمن فى بداية الدعوى دون إبطاء . فإذا أبطل فى ذلك ، اعتبر رفع الدعوى بمثابة إعذار ، وفسر الشرط فى الغالب على أنه يسلب القاضى سلطته التقديرية فلا يستطيع إعطاء أجل للمشتري لدفع الثمن ، ويتعين عليه الحكم بفسخ البيع (٢) . ولا تعارض بين الإعذار الواجب وطلب الفسخ ، فإن إعذار البائع المشتري أن يدفع الثمن لا يكون زولاً منه عن المطالبة بفسخ البيع ، بل هو شرط واجب لرفع الدعوى بالفسخ . وقد قضت محكمة

---

= لتقديره . فلقاضى ألا يحكم بالفسخ وأن يمكن الملتزم من الوفاء بما تعهد به حتى بعد رفع الدعوى عليه بطلب الفسخ . فإذا نص فى عقد البيع على أنه إذا ظهر على البين المبيعة دعوى مسجلة بخلاف ما ذكر بالمعقد ، فإن البائع يلتزم بتسوية قدره كذا كما يجوز للمشتري أن يفسخ التعاقد بمجرد إنذار البائع ، فهذا الشرط ليس إلا ترديداً لما قرره فقهاء القانون من أن عدم قيام أحد طرفي العقد المتقابل للالتزام بما التزم به يسمح للطرف الآخر بطلب فسخ العقد ، فهو شرط ضئيل فاسخ للقاضى أن يصدروه إذا استبان له من ظروف الدعوى وخصوصياتها أنه لا مبرر له . . وفى أثبت القاضى فى حكمه الاختيارات المقبولة التى استند إليها فى ذلك ، فلا ثريب عليه ( نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٢٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٢ ص ١٠٨٦ ) . انظر أيضاً : نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ - ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٨ ص ١٥٥ - أول مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٤٦ ص ٩٨٨ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٦ ص ١٥١٠ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٣٩ ص ٩٧٥ - استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/١٢٦ ص ٢٩٧ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٤ -

النقض بأنه إذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن ، كان على القاضى إيقاع الفسخ على المشتري إذا لم يدفع الثمن بعد إعداره ، ما لم يعف البائع بمقتضى العقد من هذا الإعدار ، ومفهوم هذا بلاشبهة أن البائع يجب عليه إذا اختار الفسخ أن يعلن المشتري بانذاره أى تكليفه بالوفاء فإذا لم يدفع كان البائع فى حل من أعمال خياره فى الفسخ . وإذا نفي فباطل زعم المشتري أن الإنذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته فى مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلاً من البائع عن خيار الفسخ ، فإن هذا الإنذار واجب قانوناً لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح (١) .

فالثابت إذن أن هذا الشرط لا يعنى من الإعدار (٢) . وهو أيضاً لا يعنى من رفع الدعوى بالفسخ إذا نازع المشتري فى أعمال الشرط . ولا يمنع وجود هذا الشرط البائع من مطالبة المشتري بتنفيذ البيع ودفع الثمن بدلاً من المطالبة بفسخ البيع ، فإن فسخ البيع لا يقع من تلقاء نفسه إلا إذا أراد البائع ذلك ، ويبقى هذا بالخيار بين الفسخ والتنفيذ .

ولكن إذا اقتصر البائع على اشتراط أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه ، فإن الحكم بالفسخ يكون منشأً لا كاشفاً . أما إذا أضاف إلى هذا الشرط أن يكون الفسخ دون حاجة إلى حكم ، أو اشترط أن يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى حكم ، فإن الحكم بالفسخ يكون كاشفاً لا منشأً .

---

(١) نقض ملف ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة محر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨ - بل إن هذا الإعدار لا يعمد أن يكون تسجيلاً لتأخر المشتري فى دفع الثمن وإظهاراً لاختيار البائع فسخ البيع دون التنفيذ إذ هو بالخيار بين الأمرين ، ومن ثم ليس من الضروري أن يحدد البائع فى هذا الإعدار أجلاً للوفاء بالثمن ، ولكن من جهة أخرى يستطيع المشتري بمجرد وصول الإنذار إليه أن يبادر إلى دفع الثمن فيفسخ الفسخ (بودرى وسينيا نقرة ٥٥٢) . وفى العمل يحدد البائع للمشتري عادة أجلاً قصيراً لدفع الثمن ، ويذكر أنه إذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن فقد أصبح البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه (بودرى وسينيا نقرة ٥٥٢ ص ٥٨١ - بلانيون وروبيير وململ ١٠ نقرة ١٦٥ ص ١٨٨ - ص ١٨٩) .

(٢) استئناف مخطوط ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٨٩ .

(٣ م - الوسيط ج ٤)

ولا يوجد فرق على بين الحالتين ، ف سواء كان الحكم منشأً للفسخ أو كاشفاً عنه ، فقد قدمنا أن الفسخ يكون له أثر رجعى ويعتبر البيع كأن لم يكن .

٤١٥ - الاتفاق على أنه بكونه البيع مفسوماً من تلقاء نفسه

دوره هامة الى حكم أنه اهزاء . و مفسوماً تلقاء نفسه دوره هامة

الى اهزاء : والشرط على هذا النحو قد وصل إلى أعلى مراتب القوة (١) .  
فاذا لم يف المشتري بالثمن في الميعاد ، اعتبر العقد مفسوماً دون حاجة إلى إعدار (٢) . فاذا نازع المشتري في أعمال الشرط ، لم يجد البائع بدا من رفع دعوى بالفسخ ، ولكن لا يملك المشتري في هذه الحالة أن يتفادى الحكم بالفسخ بدفع الثمن (٣) ، ولا يملك القاضى أن يمنع المشتري أجلاً لدفع الثمن ، ويكون الحكم الصادر بفسخ البيع كاشفاً عن الفسخ لا منشأً له (٤) .

(١) وليس من الضروري أن يوضع الشرط بصيغة معينة ، بل إن أية صيغة تدل على المعنى تكفى . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن القانون لم يشترط ألفاظاً معينة لشرط الفسخ الصريح ، وعلى ذلك فإذا أثبت الحكم أن طرف عقد البيع قد انتفقا في العقد على أن يودع العقد لدى أمين حتى يوفى المشتري الثمن في الميعاد المنفق عليه ، ونصا على أنه عند إخلال المشتري بشروط العقد يصرح الطرفان المودع لديه بإعدام هذا العقد ، ثم قرر الحكم أن المستفيد من ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلى الشرط الفاسخ الصريح ، أى اعتبار العقد مفسوماً من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه ، فإنه لا يكون قد فسخ مدلول نص العقد ، لأن ديارته تحتمل ما استخلصه الحكم منها (نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨) .

(٢) استئناف مخطط ١١ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٣ - ٣ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٢٤ - ٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٢٠ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨٦ - أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٥٠ - بل ويجوز طرد المشتري من المبيعة أو زرعها منها بحكم من قاضى الأمور المستحيلة (استئناف وطنى ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ المحرقى ٢١ ص ٣٠٩ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ المحاسبة ٤ رقم ١/٢٧٠ ص ٣٢٩ - استئناف مخطط ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٢٧) .

(٣) استئناف مصر ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٤٠ - ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ المحاسبة ٣٠ رقم ١٥٦ ص ١٦٣ .

(٤) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ص ١٥٥ - بل يكفى أن يدفع البائع في دعوى مرفوعة بفسخ البيع . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان =

ولكن يجب أن يكون الاتفاق على الإحقاء من شرط الإعذار صريحاً كما يقضى نص المادة ١٥٨ مدني المتقدم الذكر . فلا يجوز أن يستخلص ضمناً من عبارات العقد . وتكون للمحكمة الرقابة التامة للتحقق من انطباق شرط الفسخ ووجوب إعماله (١) .

وبلاحظ هنا أيضاً أن هذا الشرط لا يمنع البائع من المطالبة بتنفيذ البيع دون نسخه (٢) ، وإلا كان تحت رحمة المشتري إذا شاء هذا جعل البيع مفسوخاً بامتناعه عن دفع الثمن . ويترتب على ذلك أن البيع لا يعتبر مفسوخاً إلا إذا أظهر البائع رغبته في ذلك ، إما برفع دعوى الفسخ ، وإما بمجرد إخطار المشتري

---

== الطرفان قد اتفقا في عقد البيع هل أن يقع الفسخ في حالة تأخر المشتري عن دفع باقي الثمن في الميعاد المتفق عليه بدون حاجة إلى تلبية رسمي أو غير رسمي ، لأن العقد يفسخ بمجرد التأخير ، ولا يلزم إذن أن يصدر بالفسخ حكم مستقل بناء على دعوى من البائع ، بل يجوز للمحكمة أن تقرر أن الفسخ حصل بالفعل بناء على دفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشتري . وفي وقع الفسخ يحتضى شرط العقد ، فإن إيداع الثمن ليس من شأنه أن يمدد العقد بعد انقضاءه ( نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٠ ص ١٥٧ ) .

(١) وقد استعملت محكمة الاستئناف المختلطة حق الرقابة هذا في قضية اشترط فيها الدائن أنه إذا امتنع المصرف من صرف الشيك المحول إليه كان العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون إنذار . فامتنع المصرف من صرف الشيك لبعض إجراءات شكلية ، وقد ثبت أن مقابل الوفاء موجود في المصرف وأن المدين عرض على الدائن أن يدفع له قيمة الشيك أو أن يعطيه شيكاً آخر ، فرفض الدائن وأبى إلا اعتبار العقد مفسوخاً . وقد قضت المحكمة بأن الدائن مصنت ، وأن العقد لم يفسخ بل لا يزال قائماً ( استئناف مخطط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٤ ) . وفي قضية ثانية اتفق الطرفان على مه الأجل بطريقة من شأنها أن تجعل الالتزام يتجدد ، فقضت المحكمة بأن هذا التجديد يبطل أثر شرط الفسخ الذي كان موجوداً في العقد الأول ، ولا يجوز للدائن أن يتسلك به بعد أن تم التجديد ( استئناف مخطط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ٥١ ص ١١ ) . وفي قضية ثالثة قضت المحكمة بأنه إذا اشترط سقوط الأجل دون حاجة إلى حكم أو إنذار عند تأخر المدين في دفع قسط ، وتقبل الدائن مع ذلك قبض أقساط تأخر فيها المدين عن الميعاد ، ثم تسلك فيما بعده في الفسخ عند ما تأخر المدين عن ميعاد دفع قسط ، فإن تسامحه السابق يجعل على أنه غير متسلك بالشرط ، ولا يجوز له اعتبار العقد مفسوخاً ( استئناف مخطط ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١ ) . أنظر الوسيط جزء أول ص ١٩ هامش ١ .

(٢) استئناف مخطط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠٠ .

بأن العقد قد أصبح مفسوخاً (١) ، ولا يقبل من المشتري التمسك بمفسوخ البيع إذا كان البائع لم يتمسك بالمفسوخ (٢) .

#### ٤١٦ - حكم خاص ببيع المنقول - نص فائز : وقد ورد في هذا

الصدد نص في بيع المنقول يورده حكماً خاصاً بهذا البيع دون بيع العقار . فنصت المادة ٤٦١ من الترتين المدني على أنه « في بيع الدروس وغيرها من المنقولات ، إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعدار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره » (٣) .

(١) على أنه إذا كان الوفاء بالثمن في موطن البائع ، وجب حل البائع أن يذهب بنفسه أو بوكيله إلى مكان الوفاء ليتثبت من أن المشتري لم يذهب إلى هناك لدفع الثمن ، أو رجب إنذار المشتري فيعود إلى الإعدار الذي كان قد أعطى نفسه منه . فلا يبقى إذن إلا أن يشترط البائع أيضاً أن يكون الوفاء في موطنه (يودى وسيتيا فقرة ٥٣ - هلايلو ، ويبر وهامل ١٠ ص ١٩٠ هامش ٣) .

(٢) وهذا ما لم يكن هناك هربون يفقده المشتري إذا انفسخ البيع لتأخره في دفع الثمن . وقد تفتت حكمة استئناف مصر بأنه إذا نص في عقد بيع أنه إذا تأخر المشتري عن دفع مبلغ كذا يعتبر عقد البيع لاغياً بدون حاجة إلى إنذار أو حكم قضائي ويصبح المبلغ المدفوع حقاً مكتسباً للبائع لا يرد بهال من الأحوال ، كان المشتري الاستفادة من هذا النص واعتبار البيع لاغياً مثل ما للبائع سواء بسواء (استئناف مصر ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الهاماة ٤ رقم ٢٧٠ ص ٢٢٩) ، في هذه القضية دفع المشتري هربوناً للبائع ، فحق له الرجوع في البيع ، وأصبح الهربون حقاً مكتسباً للبائع .

ونرى من ذلك أن هذا الشرط الفاسخ للاتفاق ، وهو في أصل مراتبه من القوة ، وسط بين الفسخ القضائي والانفساخ القانوني . فهو أصل من الفسخ القضائي في أن الحكم بالفسخ فيه إذا قامت حاجة كصدوره يكون مقرواً بالفسخ لا منقلاً بحيث لا يجوز للمشتري أن يتفادى الفسخ بدفع الثمن ، وبحيث لا يجوز للقاضي إعطاء مهلة للمشتري لدفع الثمن . وهو أدنى من الانفساخ بحكم القانون في أن البيع لا ينسخ فيه إلا إذا أظهر البائع رغبته في ذلك ، أما في الانفساخ القانوني فالمدعى ينسخ دون نظر إلى إرادة البائع كما إذا حلك المبيع في يده قبل التسليم ( الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٥ ص ٧٢٠ ) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦١٢ من المشروع التمهيدى حل الوجه الآتي :

« في بيع العروس وغيرها من المنقولات ، إذا لم يتقدم المشتري لتسلم المبيع بعد انقضاء الأجل المتفق عليه ، أو تقدم ولكنه لم يرض الثمن ، كان البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعدار ، وذلك لمصلحة البائع ، إلا إذا كان المشتري في الحالة الأخيرة قد اتفق مع البائع =



ويخلص من هذا النص أن في بيع المنقول يوجد اتفاق يكون بمثابة الشرط الفاسخ في أعلى مراتبه من القوة، أي بمثابة الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعدار. وهذا الاتفاق هو الذي يقع بين البائع والمشتري يحدد ميعاداً لدفع الثمن وتسليم المبيع. ففرض القانون في هذه الحالة أن بائع المنقول يريد تسليم المبيع في مقابل قبض الثمن، وقد اتفق مع المشتري على ميعاد لذلك. ولما كانت المنقولات سريعة التداول، ولا تتحمل ماتحمل العقارات، من الإبطاء في التعامل وطول الإجراءات ورفع دعاوى الفسخ ونحوها، وبخاصة إذا كانت هذه المنقولات عروضاً للتجارة وسليماً وبضائع يريد صاحبها أن يسلمها إلى مشتريها في ميعاد محدود يقبض ثمنها، وإلا فهو في حل من بيعها إلى غيره واعتبار البيع الأول مفسوخاً دون حاجة إلى حكم أو إعدار، فقد فرض القانون أن اتفاق بائع المنقول مع مشتريه على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع ينطوي على هذا الشرط الفاسخ الذي مجموعه يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعدار إذا جاء ميعاد

== على أجل أطول لوفاء بالثمن. وفي لجنة المراجعة أثر النص بمد تحرير طفيف تحت رقم ٤٧٤ من المشروع النهائي. وأقره مجلس النواب. ولكن لجنة المراجعة عدلته، فاستعاضت من عبارة «إذا لم يتقدم المشتري الخ» بعبارة «إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع الخ»، وقد راعت اللجنة في ذلك أن تغطي مقال النص الوارد في التقنين السابق وأن تجعل الحكم أوسع، وصارت المادة رقمها ٤٦١. ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٥٠ و ص ١٥٥ - ص ١٥٧).

ويقال بالنص في التقنين المدني السابق المادة ٤١٨/٣٥، وهي تنص على ما يأتي : « وفي بيع البضائع الأمتعة المنقولة إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن واستلام المبيع، يكون البيع مفسوخاً حتى إذا لم يدفع الثمن في الميعاد المحدد بدون احتياج لتفنييه ». (والحكم يتفق مع حكم التقنين الجديد).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٩ ( مطابقة المادة ٤٦١ مصري ).

التقنين المدني الليبي م ٤٥٠ ( مطابقة المادة ٤٦١ مصري ).

التقنين المدني العراقي : لا مقابل - فلا يصرى الحكم لأن النص استثنائي.

تقنين المورجيات والمفرد اللبناني : لا مقابل - فلا يصرى الحكم لأن النص استثنائي.

تسليم المبيع ودفع الثمن ولم يتقدم المشتري لدفع الثمن (١) . وهذا الفرض قابل للإثبات العكس ، فقد يذكر في البيع ما ينقض ذلك ، كأن يتفق مثلاً على ألا يفسخ البيع إلا بعد إعدار أو أنه يجوز مد أجل لدفع الثمن أو نحو ذلك . فإذا لم يقم اتفاق صريح أو ضمني مخالف ، وحل الميعاد المحدد لتسلم المبيع وقبض الثمن ، ولم يتقدم المشتري لدفع الثمن ، اعتبر البيع مفسوخاً دون حاجة إلى حكم أو إعدار (٢) ، وكان البائع في حل أن يعتبر المبيع لم ينتقل من ملكه ، أو له أن يتصرف فيه تصرف المالك فيبيعه مرة أخرى أو يفعل فيه ما يشاء (٣) . على أن انفساخ البيع على هذا الوجه لا يكون إلا باختيار البائع ، فله ألا يعتبر البيع مفسوخاً ، وأن يطالب المشتري بتنفيذه بالرغم من تأخر هذا عن دفع الثمن ، وإلا لاستطاع المشتري أن يفسخ البيع إذا شاء بأن يتأخر عن دفع الثمن (٤) .

(١) أما النص المقابل في التقنين المدني الفرنسي (م ١٦٥٧) فيجمل الفسخ جزاء على عدم تقدم المشتري لتسلم المبيع ، أي جزاء على التزام المشتري بتسلم المبيع لا التزامه بدفع الثمن (بودرى وسبينا فقرة ٥٩٤ - فقرة ٦٠٣) . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الجديد يجمل الفسخ جزاء على كل من الائترامين : الائترام بدفع الثمن والائترام بتسلم المبيع (انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .

(٢) استئناف مخطوط ١٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١٢ - ٢٦ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٠ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣١ . وهذا بشرط أن يكون البائع مستعداً لتسليم المبيع ، فإذا كان التسليم في موطن المشتري مثلاً ، وجب لإعمال المادة ٤٦١ مدق أن ينقل البائع المبيع إلى موطن المشتري حتى يظهر استعداده لتسليمه (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٩ ص ٣٤٩ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٠٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٣١) . وإذا ثبت أن البائع هو الذي تأخر في تسليم المبيع ، فله المشتري طلب فسخ البيع ، ولكن بعد إعدار وحكم بالفسخ يكون للقاضي فيه سلطة تقديرية وفقاً لقواعد العامة (استئناف مصر ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ الهامة ١٥ رقم ٢/١٧ ص ٦٥ - استئناف مخطوط ٢٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٥) .

(٣) وللبائع فوق ذلك أن يطالب المشتري بتعويض : بنى سويف ٢٨ مايو سنة ١٩٢٢ الهامة ٣ رقم ٢/٤٢٢ ص ٥١٨ - أسيوط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٤٢٠ ص ٦٦٩ - الاسكندرية ٥ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ٩٠ ص ٢٣٦ .

(٤) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٥ - وإذا اختار البائع الفسخ أو التنفيذ ، وأقره المشتري على ما اختاره ، لم يمه يستطيع الرجوع فيما اختار (استئناف مخطوط ١٦ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ١٧٧) .

ويلاحظ أن الحكم المتقدم الذكر لا يسرى إلا في هذه الصورة الخاصة من بيع المنقول للاعتبارات التي تقدم ذكرها . فلا بد أن يكون البيع منقولاً سلعة أو بضاعة أو أسهماً أو سندات أو نحو ذلك (١) ، وأن يكون المتبايعان قد اتفقا على ميعاد لتسليم المبيع ودفع الثمن . فلا يسرى هذا الحكم في بيع العقار . كذلك لا يسرى في بيع المنقول إذا كان البيع غير مؤجل ، كما إذا كان المتبايعان لم يتفقا على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع فصار الثمن واجب الدفع في الحال والمبيع واجب التسليم فوراً (٢) . ولا يسرى في بيع المنقول إذا حدد ميعاد لدفع الثمن غير الميعاد الذي حدد لتسليم المبيع ، أو حدد ميعاد لدفع الثمن دون أن يحدد ميعاد لتسليم المبيع فيكون التسليم واجباً في الحال ودفع الثمن واجباً في الميعاد المحدد . أما إذا حدد ميعاد لتسليم المبيع دون أن يحدد ميعاد لدفع الثمن ، فقد رأينا (٣) أن الثمن يكون واجب الدفع في ميعاد تسليم المبيع فيسرى الحكم الوارد في المادة ٤٦١ مدني (٤) .

وفي جميع الصور التي لا يسرى فيها هذا الحكم ، وهي الصور التي قلنا بيانها ، تسري القواعد العامة التي سبق أن قررناها . فلا يكون فسخ البيع فيها لعدم الوفاء بالثمن إلا فسخاً قضائياً بعميزات هذا الفسخ التي سبق ذكرها ، أو فسخاً اتفاقياً إذا وجد شرط فاسخ صريح بالتلرج الذي بسطناه فيما تقدم .

(١) ولكن لا يجوز أن يكون منقولاً معنوياً لمجرد من المال أو متجر ( الأستاذ أودو سلطان فقرة ٢٩٩ ص ٣١٨ - ص ٣٤٩ ) .

(٢) استئناف وطني ٢٩ مايو سنة ١٩٢١ الهامة ٢ رقم ١٧ ص ٤٢ - استئناف مخطوط ١٤ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٤٣ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٩٦ .

(٤) وقد نقضت محكمة النقض في عهد التقنين المدني السابق بأن المادة ٣٢٥ مدني (١٦١ مدني جديد) جاءت استثناء من القاعدة العامة للقضائية بعدم إمكان فسخ العقود إلا بعد التئيب الرسمي ، فلا يصح تطبيقها إلا في حدود نصها ، أي في حالة تحديد أجل لدفع المشتري الثمن وتسليم المبيع . أما إذا كان الأجل محددًا لحصول البائع حل المبيع وتسليمه للمشتري ، ففي هذه الصورة لا يفي البائع من واجب التئيب رسمياً حل المشتري بالتسليم والوفاء ( نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٢ ص ٢٤٧ ) .

٤١٧- الاتفاق الذى تترتب على الفسخ - الاتفاقى - امانة : وتترتب على الفسخ الاتفاق نفس الآثار التى تترتب على الفسخ القضائى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١) .

فإذا فسخ البيع بحكم الاتفاق ، فى أية صورة من الصور التى تقدم ذكرها ، سواء كان الفسخ بحكم منشىء أو بحكم كاشف أو بغير حكم أصلاً ، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد ، وإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض (م ١٦٠ مدنى) . وينحل البيع بأثر رجعى ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ، وذلك على التفصيل الذى تقدم بيانه .

## المبحث الثانى

### نحل مصروفات البيع

٤١٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٦٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« نفقات عقد البيع ورسوم و المذمة ، والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » (٢) .  
ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٠٩/٢٤٣ (٣) .

---

(١) انظر آتفاً فقرة ٤١٠ .

(٢) توزيع النص : ورد هذا النص فى المادة ٦١٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٤٧٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٦٢ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٨ - ص ١٥٩ ) .

(٣) التقنين المدنى السابق م ٣٠٩/٢٤٣ : رسوم عقد البيع ومصاريفه على المشتري . وانظر أيضاً م ٣٠٦/٢٨٤ .

( ) والأحكام متفقة فى التقنينين الجديد والسابق ( ) .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري المادة ٤٣٠ -  
وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٥١ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٨٣ - ٥٨٥  
وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١٣(١).

ومصروفات البيع يقوم المشتري عادة بها ، فلا يرجع على البائع بشيء منها  
لأنه هو الذي يتحملها كما يقول النص ، وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف يجعل  
البائع يتحمل بعض هذه المصروفات أو كلها ، أو ما لم يوجد عرف مخالف  
كما هي الحال في السمسرة فقد جرى العرف أن يشترك فيها البائع والمشتري  
مناصفة(٢).

وقد يقوم البائع في بعض الأحيان بمصروفات البيع أو ببعضها ، فالما لم يوجد

---

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٣٠ (مطابقة لمادة ٤٦٢  
مصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفي الزرقا فقرة ٢٤٢ - فقرة ٢٤٢ ) .  
التقنين المدني الليبي م ٤٥١ ( مطابقة لمادة ٤٦٢ مصري ) .

التقنين المدني العراقي م ٥٨٣ : نفقات عقد البيع ورسم التسجيل وغيرها من الرسوم  
وأجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التي يقتضيها البيع تكون على  
المشتري ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك .

م ٥٨٤ : الأشياء المبيعة جزئاً مؤوتها ومصروفاتها على المشتري ، فلو بيعت ثمرة كرم  
جزئاً ، كانت أجرة قطع تلك الثمرة وجزءها على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك .  
م ٥٨٥ : ما يباع محمولاً تكون أجرة نقله وإيصاله إلى بيت المشتري جارية على حسب  
الاتفاق والعرف .

( وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري - وانظر في القانون المدني العراقي  
الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٢٨ - فقرة ٢٢٠ - الأستاذ عباس حسن المراف فقرة ٥٧٤ -  
فقرة ٥٧٧ ) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤١٣ : إن مصاريف أخذ المبيع واستلامه (كالصحرى  
والنقل والشحن ) ومصاريف أداء الثمن ولقطع والتسجيل ونفقة الصكوك التي يضمها كاتب العدل  
والطوابع ما يلزم لصك الشراء ، كل ذلك يدفعه المشتري ، ما لم يكن نص أو عرف مخالف .  
وتشمل مصاريف الاستلام رسوم المرور ( الترانزيت ) والدخولية والجمرك التي تؤخذ في أثناء  
نقل المبيع وعند وصوله .

( أحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري ) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٨ .

اتفاق أو عرف مخالف يكون له الرجوع بما أنفقه على المشتري لأنه هو الذى يتحمل مصروفات البيع<sup>(١)</sup> كما سبق القول . فليستعرض إذن حالة ما يقوم المشتري بالمصروفات ، ثم حالة ما يقوم البائع بها أو ببعضها ويرجع على المشتري بما أنفقه<sup>(٢)</sup>.

#### ٤١٩ - المشتري قاص بمصروفات البيع : وتشتمل هذه المصروفات

عادة على نفقات كتابة عقد البيع ، سواء كتب في ورقة رقيقة حيث يتحمل المشتري رسوم « الدمغة » إن كانت هناك رسوم ، أو في ورقة رسمية حيث يتحمل المشتري رسوم الورقة الرسمية . ويدخل في المصروفات أيضاً أتعاب المحامى الذى قام بأعداد عقد البيع وتسجيله . وتدخل أيضاً مصروفات الكشف عن العقار المبيع في جهات الشهر للتثبت مما عليه من الحقوق للغير . وتدخل المصروفات اللازمة لإعداد عقد البيع للتسجيل وما يقتضيه ذلك من نفقات ورسوم التصديق على التوقيعات ويدخل في ذلك توقيع البائع نفسه<sup>(٣)</sup>. وتدخل رسوم التسجيل ذاتها وهى عادة رسوم مرتفعة ، وقد كانت ٠.٣٪ من الثمن ثم

(١) وهذا من الناحية القانونية . أما من الناحية الاقتصادية فالواقع من الأمر أن البائع هو الذى يتحمل مصروفات البيع في النهاية ، إذ أن المشتري يدخل هذه المصروفات في أرباحه عنه تقديره ثمّن المبيع ، فيدخل في الثمن هذه المصروفات . وقد كان المشتري يزده الثمن بمقدار هذه المصروفات لو لم يكن هو الذى يتحملها قانوناً ، فيكون البائع هو الذى فاتته هذه الزيادة ، وهو إذن يتحمل المصروفات على هذا الوجه ( بلانجول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٩ ) .

(٢) أما علاقة كل من البائع والمشتري بالغير فيما يتعلق بمصروفات العقد فتحددها الرابطة القانونية بينهما وبينه ، فأتعاب المحامى مثلاً يرجع بها على كل من البائع والمشتري إذا وكلاهما وفقاً لقاعدة ٧١٢ مدق التي تجعل الموكلين المتعدين مسؤولين بالتضامن نحو الوكيل ( الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣١١ ) وإذا رجع المحامى على البائع بكل أتعابه رجع البائع بها كلها على المشتري ، أما إذا رجع المحامى على المشتري لم يرجع هذا بقية على البائع ( الأستاذ محمد على إنام فقرة ٢٥٠ ص ٤٢٥ ) .

(٣) أنظر في حساب مصروفات التصديق على التوقيعات ضمن مصروفات البيع الأستاذين أحمد نجيب الحلاقي وحامد زكى فقرة ٢٩ ص ٢٨ وحامش رقم ٤ ، وفي أن مصروفات إثبات البائع للملكية لمبيع كمصروفات إعلام للورثة تكون عليه لاجل المشتري المصغر السابق ص ٢٩ هامش رقم ٢ . وإذا كان البائع في مكان بعيد وتكلف نفقات في الحضور لتوقيع والتصديق على توقيعه ، فهذه النفقات يتحملها هو ، لأنه ملزم بالقيام بالإجراءات اللازمة لتسجيل وتفضي القواعد العامة بأن نفقات تنفيذ الالتزام على الملتزم .

أوفتعت إلى ٥٠٪ ثم ارتفعت أخيراً إلى ٧٠٪ (١). وإذا ثقل العقار المبيع امتياز البائع لتأخير دفع الثمن كله أو بعضه ، فإن مصروفات قيد هذا الامتياز وكذلك مصروفات شطب القيد بعد دفع الثمن تدخل في مصروفات البيع التي يتحملها المشتري . لكن إذا كان على المبيع رهن أو حق عيني آخر ترتب من جهة البائع ، فإن مصروفات شطب القيد الشاهرة لهذه الحقوق العينية تكون على البائع لاعتلى المشتري إلا إذا وجد اتفاق بخلاف ذلك . أما السمسرة فقد قدمنا أن العرف قد جرى على أن تكون مناصفة فيما بين البائع والمشتري ، وقد جرى العرف أيضاً على أن يأخذ السمسار ١/٢ ٪ من الثمن من كل من البائع والمشتري إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك ، فكل من المتبايعين يدفع نصيبه من السمسرة مباشرة إلى السمسار (٢) .

كل ما قدمناه وغيره من مصروفات البيع يتحمله المشتري ، وهو الذي يقوم به عادة كما سبق القول ، فلا يرجع بشيء منه على البائع ، إلا إذا وجد اتفاق أو عرف مخالف (٣) .

(١) وإذا علم المشتري أن العقار الذي باعه إياه الوارث لا يزال مكلفاً باسم المورث ، فعلى المشتري دفع رسم الأيلولة لنقل التكاليف من المورث إلى الوارث ، لأن علم المشتري بعدم دفع الوارث لرسم الأيلولة وعدم اشتراطه شيئاً في خصوص ذلك يفيد رضاه الضمني بتحملها ( استئناف غنطط ٩ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٢٥ - ٢ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١١٨ ) . ولكن الأصل هو أن رسم الأيلولة يتحمله الورثة البائعون لا المشتري ، فإذا دفعه المشتري مضطراً رجع به على الوارث ( استئناف غنطط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٥ - ١٨ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٥٠ ) .

(٢) استئناف غنطط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٦ - ١٠ يونيو ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٤٧ .

(٣) وإذا وجد اتفاق يجعل البائع مصروفات البيع ، قيل في هذه الحالة إن المشتري قد اشترى ومقده في يده ( contrat en main ) ، أي أنه يحصل على العقد دون أن يدفع شيئاً غير الثمن ( بودري وسونيا فقرة ١٩١ ) .

وإذا أخذ المشتري على نفسه دفع الضريبة المتأخرة على المبيع ، وجب عليه دفعها ولو صهر قالون زاد الضريبة عما كانت عليه من قبل ( استئناف غنطط ٢٨ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٠٨ ) . وإذا تعهد المشتري بدفع الضريبة المتأخرة وديون البائع للحكومة ، ثم نزلت الحكومة البائع عن هذه الضريبة والديون ، وجب على المشتري دفعها البائع لأنها تعتبر جزءاً من الثمن ( استئناف غنطط ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٠٢ ) .

أما مصروفات تطهير العقار إذا لجأ المشتري إلى تطهيره فتكون على البائع لاعلى المشتري(١)، لأن الرهن الذى يظهره المشتري أت من جهة البائع، وهذا ما لم يوجد اتفاق مخالف . وكذلك يتحمل البائع أية مصروفات البيع يكون هو الذى تسبب فيها بخطأه ، كما إذا أعطى المشتري بيانات خاطئة عن المبيع كان من شأنها أن زادت مصروفات البيع دون مبرر ، وكما إذا فسخ بخطأه البائع فقد تجعل مصروفات البيع على عاتق البائع على سبيل التعويض(٢) .

#### ٤٣٠ - البائع فام بمصروفات البيع أو ببعضها : وقد يقع كما

قلدنا أن يقوم البائع بمصروفات البيع أو ببعضها . مثل ذلك أن يقوم بكتابة عقد البيع فيدفع «السمعة» ونحوها أو رسوم الورقة الرسمية . ومثل ذلك أيضاً أن يدفع أتعاب المحامى أو كل السمسرة أو مصروفات قيد امتياز على العقار المبيع أو نحو ذلك . فن هذه الحالات يرجع البائع على المشتري بما دفعه من هذه المصروفات، ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف .

وللبائع ، فى رجوعه على المشتري بما دفعه من مصروفات البيع ، كل الضمانات التى له فى الرجوع عليه بالثمن . فيستطيع أن يجبر المبيع ، وأن يطلب فسخ البيع ، إذا لم يسترد هذه المصروفات من المشتري . وله حق امتياز على المبيع يكفل له استرداد هذه المصروفات . والظاهر أيضاً أنه يرجع على المشتري بالفوائد القانونية لما دفعه من مصروفات البيع من وقت دفعها ، على أساس أنه وكيل عن المشتري فى دفع هذه المصروفات ، والوكيل يرجع على الموكل بما أنفقه مع القوائد من وقت الانفاق (م ٧١٠ مدنى)(١).

---

(١) جيوار ١ فقرة ١٩٧ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٣ هامش ٢ - بودرى وسينيا فقرة ١٩٠ - بلانول وريير وهامل ١٥ فقرة ٢٢ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٣٩ ص ٦٢٤ .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ١٩٢ - بلانول وريير وهامل ١٥ فقرة ٢٣ .  
(٣) بلانول وريير وهامل ١٥ فقرة ١٩ - ولو اعتبر البائع فسخاً فى دفع مصروفات البيع ، فإن له أيضاً الحق فى اقتضاء القوائد القانونية منها من يوم دفعها : أنظر المادة ١٩٥ مدنى .



## المبحث الثالث

### تسليم المبيع

٤٢١ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٤٦٣ من القانون المدني على ما يأتي :

« إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسليم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن » .  
وتنص المادة ٤٦٤ على ما يأتي :

« نفقات تسليم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك » (١).

#### (١) تاريخ النصوص :

م ٤٦٣ : ورد هذا النص في المادة ٦١٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :  
« ١ - يلتزم المشتري بأن يتسلم المبيع في الزمان والمكان المحددين في العقد ، ما دام المبيع قد عرض عليه وفقاً للشروط المنصوص عليها . ٢ - فإذا لم يحدد الاتفاق أو العرف زماناً أو مكاناً لتسليم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلم المبيع دون إبطاء ، إلا ما يقتضيه النقل من زمن ، ويتسلم في المكان الذي يجب أن يسلمه فيه البائع » . وفي لجنة المراجعة اكتفى بالفقرة الثانية لأنها تفيد المضمّن المطلوب كاملاً ، وسُحرت تحريراً نظراً لما أصبحت مطابقة لما استقر عليه النص في التقنين المرفق الجديد ، وأصبح النص رقمه ٤٧٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٣ ( مجموعة الأعمال التشريعية : ص ٢٦٠ - ص ١٦١ ) .

م ٤٦٤ : ورد هذا النص في المادة ٦٦٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :  
« ١ - نفقات تسليم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد قصد أو اتفاق يقضي بغير ذلك . ٢ - وكذلك الحال في نفقات النقل إذا وجب نقل المبيع إلى مكان غير الذي ينقل فيه العقد . ويمنع البائع قد رضى أن يتحمل نفقات النقل إذا اشترط المشتري التسليم خالص الأجر . وإذا اتفق أن هل يكون التسليم خالصاً من أجرة الشحن ومن الرسوم الجمركية ، اعتبر البائع =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٨٤/٣٥٦ (١).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٤٣١ - ٤٣٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٥٢ - ٤٥٣ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٨٦ - ٥٨٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٤٧٢ (٢).

== راجعاً أن يتحمل الرسوم التي تجبى في نقل البضاعة ، وقت الخروج ، وأثناء العبور وعند الوصول ، ولكنه لا يتحمل رسوم الاستهلاك التي تجبى عند تسليم المبيع . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لأن مكانها القانون التجاري ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٤٧٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس القنابل ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٤ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٦٢ - ص ١٦٣ ) .

(١) التقنين المدني السابق م ٢٨٤/٣٥٦ : ومصاريف المشال ومصاريف دفع الثمن تكون على المشتري ، وكذلك رسوم عقد البيع ، وهذا إن لم يقض العرف التجاري بخلاف ذلك في جميع الأحوال .

( راجع أحكام مضافة في التقنينين السابق والجديد ) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٣١ - ٤٣٢ (مطابقتان للمادتين ٤٦٣ - ٤٧٤ مصري - وانظر القاضون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٤٥ - فقرة ٢٤٦ وقرة ٢٤٤ .

التقنين المدني الليبي م ٤٥٢ - ٤٥٣ ( مطابقتان للمادتين ٤٦٣ - ٤٦٤ مصري ) .

التقنين المدني العراقي م ٥٨٦ - ١ : يلتزم المشتري بأن يتسلم المبيع في الزمان والمكان المحددين في العقد ما دام المبيع قد عرض عليه وفقاً لشروط المنطق عليه . ٢ - فإذا لم يحدد الاتفاق أو العرف زماناً أو مكاناً لتسلم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يجب أن يحمله فيه البائع ، وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن .

م ٥٨٧ : تلقت تسليم المبيع على المشتري ، ما لم يبرهه حلف أو اتفاق يقضي بغير ذلك . ( أحكام التقنين العراقي مضافة مع أحكام التقنين المصري - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الدين فقرة ٣٣١ - فقرة ٣٣٣ - الأستاذ حاسن حسن الصراف فقرة ٥٧٨ - فقرة ٥٨٦ ) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٧٢ : يجب على المشتري أن يتسلم المبيع في المكان والزمان المبينين في العقد . وإذا لم يكن هناك نص مخالف ، وجب عليه أن يتسلم المبيع بلا إبطاء ، مع مراعاة المهلة اللازمة للاستلام . وإذا لم يحضر لاستلام المبيع ، أو حضر بدون أن يعرض دفع الثمن في الوقت نفسه ، وكان البيع نقداً ، فطبق للقواعد المتعلقة بتأخر المدين . وإذا كان من الواجب تسليم الأشياء المبينة بطلت مهالية ، فالتخلف عن استلام الدفعة الأولى ==

وليبحث في تسليم المبيع: (١) كيف يكون التسليم . (٢) زمان التسليم ومكانه .  
(٣) نفقات التسليم . (٤) الجزاء على الإخلال بالتزام التسليم .

**٤٢٢ - كيف يكون تسليم المشتري للمبيع :** التسليم في أغلب صورته هو العملية المتممة للتسليم . فقد بينا (١) أن البائع يلتزم بتسليم المبيع ، وذلك بأن يضعه تحت تصرف المشتري بحيث يكون هذا متمكناً من حيازته حيازة يستطيع معها أن ينتفع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك . وفي أكثر الأحوال يقع هذا بأن يقبض المشتري فعلاً المبيع من البائع حل هذا النحو ، فيسلم البائع المبيع إلى المشتري ويتسلمه المشتري من البائع ، ويتم التسليم والتسلم في وقت واحد . ولكن يحدث أن البائع يضع المبيع تحت المشتري ، ويكون المشتري متمكناً من الاستيلاء عليه ، ولكنه لا يستولى عليه فعلاً ، فيكون البائع قد قام بالتزامه مع تسليم المبيع ، ولم يتم المشتري بالتزامه من تسلمه ، ولا يعتبر المشتري حائزاً للمبيع (٢).

فيلتزم المشتري إذن بأن يتسلم المبيع ، وذلك بالاستيلاء عليه فعلاً . وتظهر الأهمية العملية لوجوب تنفيذ المشتري بتسلم المبيع في حالة ما إذا كان التسليم واجباً في موطن البائع أو في موطن آخر غير موطن المشتري وكان المبيع متقولاً . ففي هذه الحالة إذا لم يتقدم المشتري في الميعاد المحدد للتسلم إلى موطن البائع أو إلى المكان الذي يجب فيه تسليم المبيع ليتسلمه ولينقله من مكانه (٣) إلى المكان الذي يريد أن يضعه فيه ، فيخل بذلك المكان الذي كان شاغلاً له عند البائع ، كان المشتري مخلاً بالتزامه بتسلم المبيع ، وجاز للبائع وفقاً للقواعد العامة إعذاره وللتزامه بالتسلم أو طلب الفسخ حل النحو الذي سنبينه .

---

== ينتفع المفاضل التي ينتجها عدم إعلام المبرع - ذلك كله ما لم يكن اتفاق مخالف بين الفريقين .

أنظر أيضاً المادة ٤١٣ وقد سبق ذكرها آنفاً فقرة ٤١٨ في الهامش .

(١) أحكام التقنين اللبناني تنطبق مع أحكام التقنين المصري .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ في الهامش .

(٤) بيمان ١١ فقرة ٢٧٤ .

وتسلم المبيع كتسليمه يتم بالأعمال التي تتفق مع طبيعة المبيع . وتسلم العقار يكون بحيازته بعد أن يخليه البائع على ما قدمنا . وتسلم المنقول يكون بقبضه من البائع أو بحيازته إذا كان المنقول في مكان لا ينقل منه . وتسلم الأوراق المالية يكون بقبضها أو بإيداع البائع لإياها لحساب المشتري في مصرف . وقد يسلم المشتري المنقول بتسلم مفاتيح المنزل أو الخزن أو الصندوق أو أى مكان آخر يحتوى على هذا المنقول ، أو بتحويل البائع له سند الإيداع أو التخزين إذا كان المنقول مودعاً أو مخزوناً في جهة ما أو بتسليمه هذا السند إذا كان لحامله . وإذا كان المبيع حقاً مجرداً كحق المرور أو حق شخصي ، فقد يتم التسلم بأخذ المشتري السند الحق أو باستعماله الحق فعلاً . والتسليم الحكيم من جانب البائع يتضمن تسليماً حكيماً من جانب المشتري ، فالمشتري الذي يشتري شيئاً كان في حيازته قبل البيع ويستيقنه في حيازته كمشترى يكون قد تسلم المبيع تسليماً حكيماً ، وترك المشتري المبيع للبائع يحوز به بسبب آخر كالجارح أو رهن أو ودعية يعد تسليماً حكيماً من المشتري للمبيع ، وإذا أجز المشتري المبيع ، وقبضه المستأجر من البائع رأساً كان هذا تسليماً حكيماً للمبيع من المشتري . وقد سبق أن بسطنا القول في كل عند الكلام في طريقة تسليم المبيع (١) .

**٤٢٣ - زمانه تسليم المبيع ومكانه :** زمان تسليم المبيع ومكانه يكونان عادة هما زمان تسليم المبيع ومكانه . فالبايع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري في زمان معين وفي مكان معين سبق بيانهما (٢) ، ويكون المشتري عادة ملزماً بتسلم المبيع من البائع في نفس الزمان والمكان ، إذ يغلب كما قدمنا أن التسليم يعقبه التسلم دون إبطاء إلا ما يقتضيه التسلم من زمن . فعند ما يسلم للبائع المبيع للمشتري ، يتسلمه المشتري فوراً في نفس الزمان وفي نفس المكان .

على أنه قد يتراخى تسليم المبيع من المشتري عن تسليمه من البائع . وذلك بأن يحدد الاتفاق أو العرف زماناً للتسليم يلى الزمان الذي يتم فيه التسليم ، كأن

(١) أنظر آتياً فقرة ٣٠٨ .

(٢) أنظر آتياً فقرة ٣٠٨ - فقرة ٣١١ .

يكون المبيع منقولاً مودعاً في مكان معين فينتفك المتبايعان على أن يضع البائع تحت تصرف المشتري مفاتيح هذا المكان بإيداعها في جهة معينة يستطيع المشتري أن يأخذها منها في أى وقت شاء على ألا يتأخر عن تسليم المفاتيح أكثر من ثلاثة أيام من وقت إيداعها . أما أن يكون التسليم غير مكان التسليم فهذا مما لا يتصور فحيث يتم التسليم يقع التسليم .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « كما أن البائع يلتزم بتسليم المبيع ، كذلك المشتري يلتزم بتسلمه . وزمان التسليم ومكانه يحدداهما عقد البيع ، وهما يكونان عادة زمان ومكان التسليم . فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد ذلك ، وجب أن يتم التسليم دون إبطاء بمجرد التسليم من البائع ، إلا ما يقتضيه التسليم من زمن ، ووجب أن يكون في مكان التسليم (١) » .

**٤٢٤ - نفقات تسليم المشتري للمبيع :** قدمنا أن نفقات تسليم المبيع تكون عادة على البائع ، فيتحمل هذا مصروفات حزم المبيع ونقله إلى مكان التسليم ونفقات الوزن والمقاس والكيل والعد إذا كان المبيع يفرز بأحدى هذه الطرق ، ومصروفات إرسال مفاتيح الدار المبيعة أو المكان الذى يوجد فيه المبيع إلى المشتري ، والرسوم الجمركية المستحقة على البضائع المبيعة التي يستوردها البائع ، وغير ذلك من المصروفات مما سبق بيانه (٢) . أما نفقات تسليم المبيع فتكون على المشتري لا على البائع ، وقد نص على هذا الحكم صراحة كما رأينا في المادة ٤٦٤ مدنى ، وهي ليست إلا تطبيقاً محضاً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن والتي تقضى بأن تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ، ( م ٣٤٨ مدنى ) ، والالتزام بالتسليم المدين فيه هو المشتري ومن ثم تكون نفقاته عليه ، كما أن الالتزام بالتسليم المدين فيه هو البائع فكان هو الذى يتحمل النفقات .

ومن مصروفات تسليم المبيع مصروفات نقله من مكان التسليم والتسليم إلى المكان

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٢ .

(٢) أنظر آنفاًقرة ٣١٢ .

الذى يريد المشتري ، فكما أن البائع يتحمل مصروفات نقل المبيع إلى مكان التسليم والتسلم يتحمل المشتري نفقات نقله من هذا المكان . وإذا كان المبيع ثمراً على الشجر - كشجر المانجو والمواخ والموز ونحوها - ويبيع على هذه الحالة ، فمصروفات قطعه من الشجر تكون على المشتري لا على البائع ، وكذلك الحال في كل محصول يبيع في الأرض قائماً لا مقطوعاً . وإذا كان المبيع مما يجب تصديره وكان تسليمه عند الشحن في مكان التصدير ، فإن مصروفات شحنه وإرساله إلى أن يفرغ في محطة الوصول تكون على المشتري لأنها مصروفات أنفقت للتسلم المبيع . أما إذا كان تسليم المبيع عند التفريغ في محطة الوصول ، فإن مصروفات شحنه وإرساله إلى هذا المكان تكون مصروفات أنفقت لتسلم المبيع لا لتسلمه ، فتكون على البائع لا على المشتري . وكذلك الحال في الرسوم التي تجب على المبيع وقت خروجه من محطة التصدير ورسوم الترانزيت ، أثناء العبور وللرسوم التي تجب عند وصول البضاعة إلى محطة التفريغ ، كل هذه الرسوم يتحملها المشتري إذا كان مكان التسليم هو محطة الشحن ، ويتحملها البائع إذا كان مكان التسليم هو محطة التصدير .

وهذا كله مالم يقض الاتفاق أو العرف بغيره ، فعند ذلك يسرى الاتفاق أو العرف . فقد يقضى العرف التجاري بأن مصروفات التفريغ تكون على المشتري ، فيتحملها ولو كان التسليم في مكان التفريغ . وقد يتفق المتبايعان على أن يكون التسليم خالصاً من أجر الشحن ومن الرسوم الجمركية ، وعند ذلك يتحمل البائع الرسوم التي تجب في نقل المبيع وقت الخروج وأثناء العبور وعند الوصول ولو كان التسليم في مكان الشحن . ولكنه لا يتحمل الرسوم التي تجب على استهلاك المبيع في هذه الحالة ، بل الذي يتحملها هو المشتري لأنه هو الذي يستهلكها ، وذلك مالم يكن هناك اتفاق على غيره (١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد :  
« أما ما يقتضيه التسليم من نفقات - في النقل والشحن وغير ذلك - فهو

---

(١) أنظر الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى ، وهي الفقرة التي حلفت في لجنة المراجعة ، ٢٢١ فقرة ٢ في المالحش .

على المشتري ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . ونفقات نقل المبيع إلى مكان التسليم تدخل ضمن نفقات التسليم فهي على البائع ، ونفقات نقله من مكان التسليم إلى مكان التسلم ( إقرأ المكان الذي يريده المشتري فان مكان التسلم هو نفس مكان التسليم كما سبق القول ) إذا كان المكانان مختلفين تكون على المشتري . وإذا كان المشتري في مكان غير مكان البائع ، واشترط التسليم خالص الأجر ، وجب على البائع أن ينقل المبيع إلى مكان المشتري ونفقات النقل عليه . بل قد يشترط المشتري أن يكون التسليم خالصاً ، لا من أجر الشحن وحده ، بل كذلك من الرسوم الجمركية ، فيتحمل البائع هذه الرسوم ، سواء كانت تجبي وقت خروج البضاعة من بلد البائع ، أو أثناء عبورها في الطريق ، أو عند وصولها إلى بلد المشتري . أما رسوم الاستهلاك التي قد تجبي عند تسلم المبيع ، فهي على المشتري . وغنى عن البيان أن هذه الأحكام ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على غيرها<sup>(١)</sup> .

#### ٤٢٥ — الجزاء على افعال المشتري بالتزام تسلم المبيع : فإذا أخل

المشتري بالتزامه من تسلم المبيع ، بأن كان مكان التسليم في موطن البائع ولم يقدم لتسلمه ، أو كان في جهة أخرى ولم يذهب إليها للتسلم ، أو كان في موطنه هو فأثى له البائع بالمبيع فرفض تسلمه ، أو تخلف المشتري عن تسلم المبيع في الميعاد المحدد للتسلم ، جاز للبائع أن يطلب من القضاء تنفيذ التزام المشتري جبراً عليه . وقد تم ذلك عن طريق إيداع المبيع على ذمة المشتري بمصروفات يتحملها المشتري ، أو يتم عن طريق الحكم على المشتري بغرامة تهديدية يدفعها عن كل يوم من أيام التأخر عن التسلم ، أو يتم بطريق آخر من الطرق المقررة للتنفيذ العيني<sup>(٢)</sup> . ويسبق ذلك كله إعداز البائع للمشتري أن ينفذ التزامه بتسلم المبيع . كذلك يجوز للبائع ، بعد إعداز المشتري ، أن يطلب فسخ البيع . ويبقى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٢ - ص ١٦٣ .

(٢) وقد يكتفى البائع بتسليم المبيع إلى المشتري ، أي بوضعه تحت تصرفه وتمكينه من الاستيلاء عليه ، ولا يطالب المشتري بعد ذلك بتسلمه . فيكون البائع قد قام بالتزامه بالتسليم ، ومن ثم يحق له مطالبة المشتري بالتأمين ، سواء تسلم المشتري المبيع أو لم يتسلمه .

لقاضي سلطته التقديرية ، فاذا رأى مبرراً للفسخ قضى به ، وإلا أعطى المشتري مهلة لتسلم المبيع ، وفقاً للقواعد المقررة في الفسخ القضائي . وقد بوضع في البيع شرط فاسخ اتفاق ، فيتبع في شأنه جميع القواعد التي سبق ذكرها في شأن الفسخ الاتفاقى عند عدم دفع الثمن (١) .

وسواء طلب البائع التنفيذ العيني أو الفسخ ، فله في الحالتين أن يطلب تعويضاً عما أصابه من الضرر بسبب تخلف المشتري عن تنفيذ التزامه بتسلم المبيع ، وذلك كأجرة المكان الذي بقي مشغولاً بالمبيع بعد حلول وقت تسلمه (٢) .

---

(١) وإذا كان من الواجب تسليم المبيع على دفعات متوالية ، فالتخلف من تسليم الدفعة الأولى يكون بمثابة التخلف عن تسليم كل المبيع ( أنظر م ٤٧٢ لبناني آنفاً فقرة ٤٢١ في الحاشية ) ، ولكن التخلف عن تسليم الدفعات الأخيرة لا يحس ما تم تسلمه من الدفعات الأولى ( أوبرى ودو ه فقرة ٣٥٦ ص ٩٩ - أوبرى وسينيا فقرة ٥٩٩ ) .

وإذا أهدر المشتري البائع يطالبه بتسليم المبيع ثم لم يتم التسليم ، وجب على البائع ، حتى يحتاج على المشتري بعدم تسلمه المبيع ، أن يمهّده هو أيضاً بالتسليم حتى يثبت عليه التأخر في تنفيذ هذا الالتزام ( استئناف مخطوط ٢١ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٥٧ ) .  
ومن اشترى طيناً لسماد ملزم بتسلمه من القربة التي يوجد فيها ، وليس له أن يقيه لباطل منه بقدر حاجته لتسميد أرضه ، وللبائع إجباره على التسليم أو وضع الطين في مكان معين على فمة المشتري ( استئناف مخطوط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٣ ) .  
(٢) أنظر في كل ذلك بودري وسينيا فقرة ٩٤ - بلانويول وويجر وهامل ١٠ فقرة ١٤٤ .



# الباب الثاني

عقد المقايضة



## نظرة عامة

### في عقد التفاوض

٤٢٦ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٨٢ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر ، على سبيل التبادل ، ملكية مال ليس من النقود » .

وتنص المادة ٤٨٣ على ما يأتي :

« إذا كان للأشياء المتفاوض فيها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين ، جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلاً » (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادتين ٣٥٦ - ٣٥٧ من التقنين المدني الوطني (٢) .

---

#### (١) تاريخ النص :

م ٤٨٢ : ورد هذا النص في المادة ٦٥٣ من المشروع التمهدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا عبارة « على سبيل التبادل » فقد أضيفت في لجنة المراجعة بعد أن أقرت النص تحت رقم ٥٠٩ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٢ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٣ ) .

م ٤٨٣ : ورد هذا النص في المادة ٦٥٤ من المشروع التمهدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥١٠ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٣ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٤ - ص ٢٣٥ ) .

(٢) التقنين المدني الوطني السابق م ٣٥٦ : للمفاوضة عقد به يلتزم كل من المتفاوضين المتعاقدين بأن يعطي للآخر شيئاً يملك ما أخذه منه .

م ٣٥٧ : تحصل المفاوضة بمجرد رضاه المتعاقدين بها بالكتابة المقررة لبيع .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري  
المادتين ٤٥٠ - ٤٥١ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٧١ - ٤٧٢ -  
وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٩٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني  
المواد ٤٩٩ - ٥٠١ (١) .

٤٢٧ - تتميز عقد المقايضة عن عقد البيع : ويظهر من النصوص المتكلم  
ذكرها أن عقد المقايضة يتميز عن عقد البيع في أن عقد البيع مبادلة شيء بمبلغ  
من النقود وهو الثمن ، أما عقد المقايضة فهو مبادلة شيء بشيء لا يكون أيهما  
مبلغاً من النقود . ففي البيع يوجد مبيع و ثمن ، أما في المقايضة فلا يوجد ثمن

== وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بشأن المقايضة في التقنين المدني السابق :  
« لم يرد شيء من عقد المقايضة في التقنين المختلط . أما التقنين الأهل فقد أورد في فائه خمسة  
نصوص ( م ٣٥٦ - ٣٦٠ ) اقتصر على تطبيق القواعد العامة ، فيما عدا نصاً واحداً  
( م ٣٥٩ ) شذ من هذه القواعد شذوذاً لا مبرر له . وقد أصلح المشروع هذا العيب ، وأورد  
نصوصاً تعرض لميزات خاصة في عقد المقايضة : ثم نص بوجه عام على وجوب تطبيق أحكام  
البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة » ( مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٢٣٢ .  
وانظر أيضاً ص ٢٣٨ ) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٥٠ - ٤٥١ (مطابقتان  
المادتين ٤٨٢ - ٤٨٣ مصرى . وانظر في القسائون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا  
فقرة ٣١٠ - فقرة ٣١٥ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٧١ - ٤٧٢ ( مطابقتان المادتين ٤٨٢ - ٤٨٣ مصرى ) .  
التقنين المدني العراقي م ٥٩٩ ( مطابقة المادة ٤٨٣ مصرى - وانظر في القانون المدني  
العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٣٧٠ - فقرة ٣٧٣ - والأستاذ عباس حسن الصراف  
فقرة ٦٢٦ - فقرة ٦٤١ ) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٩٩ : المقايضة عقد يلتزم فيه كل من المتعاقدين أن يؤدي  
شيئاً للحصول على شيء آخر .

م ٥٠٠ : تم المقايضة بمجرد رضا الفريقين . أما إذا كان موضوع المقايضة عقارات  
أو حقوقاً مبنية على عقارات ، فتطبق أحكام المادة ٣٩٣ وأحكام القوانين المقارئة المعمول بها .  
م ٥٠١ : إذا قدمت المقايضة على أشياء تتفاوت قيمتها ، فلهما تعدين أن يؤديا الفرق  
من النقود أو من أشياء أخرى .  
( وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري ) .

ولكن يوجد مبيع ومبيع إذ الشئان المتبايض فيهما يكون كل منهما في حكم المبيع (١) .

والمقايضة ليست فحسب مبادلة حق ملكية بحق ملكية آخر ، كبادلة دار بأرض أو سيارة بألة زراعية أو أرض بمواش أو نحو ذلك . بل هي قد تكون مبادلة حق عيني آخر أو حق شخصي بالملكية أو بأى حق عيني أو شخصي آخر ، كبادلة رقة دار بحق انتفاع في دار أخرى أو في أرض ، ومبادلة حق انتفاع بحق انتفاع أو بحق ارتفاق ، ومبادلة حق انتفاع أو حق ارتفاق بحق شخصي (٢) .

ولكن لابد أن تكون المقايضة مبادلة حق بحق ، فإذا بودل حق بعمل أو بامتناع عن عمل أو بودل عمل بعمل أو عمل بامتناع عن عمل ، كما إذا أعطى شخص أرضاً لآخر في نظير أن يقوم له بعمل معين أو في نظير أن يمتنع عن عمل معين ، فهذا العقد ليس مقايضة بل هو عقد غير مسمى .

ولا بد أن تكون المقايضة كما قلنا مبادلة حق غير نقدي ، فلا تدخل النقود في عقد المقايضة ، وهذا هو الذى يميزها عن عقد البيع . ومع ذلك فقد يدخل المقايضة نقود تكون معدلاً (soultre) ، فبما إذا كانت الأشياء المتبايض فيها لها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين . فانه يجوز ، طبقاً للمادة ٨٣ مدنى المتقدم ذكرها ، تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلاً . فإذا قابض شخص بدار مملوكة له على أرض مملوكة لآخر ، وكانت قيمة الدار ألفين وقيمة الأرض ألفاً وخمسمائة في نظر المتبايضين ، فإن صاحب الدار يأخذ في مقابل داره الأرض ومعها معدل من النقود مقداره خمسمائة ، ويبقى العقد مع ذلك عقد مقايضة . وقد اختلفت الآراء ، في هذا الصدد ، فيما يميز عقد المقايضة بمعدل عن عقد البيع . فذهب رأى إلى وجوب الرجوع إلى نية المتعاقدين ، فإن أرادا العقد بيعاً

---

(١) أنظر المادة ٩٧ عراق وتنص على ما يأتى : ١ - لكل من البديلين في بيع المقايضة حكم البيع ، فتحتج فيهما شروطه . وإن وقعت منازعة في أمر التسليم لزم أن يسلم ويتسلم كل من المتبايضين مائاً . ٢ - ويعتبر كل من المتبايضين قائماً للشئ الذى قابض به ومشترطاً للشئ الذى قابض عليه .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٢٦٠ هامش ١ - بودوى وسينيا فقرة ٩٧٢ - بلانول وديبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩٣ .

فهو بيع وإلا فهو مقايضة . وذهب رأى ثان إلى جعل العقد بيعاً إذا كان المعدل أكثر من قيمة الشيء الذى قرن به لتكبير قيمته ، فان كان المعدل أقل فالعقد مقايضة . وذهب رأى ثالث ، وهو الرأى الصحيح ، إلى أن العقد يكون مقايضة إلا إذا كان المعدل يزيد بكثير على قيمة الشيء الذى قرن به لتكبير قيمته بحيث يعتبر هذا الشيء هو المكمل للمعدل لا المعدل هو المكمل للشيء . ففى المثل السالف الذكر إذا كانت الدار قيمتها ألفان والأرض قيمتها خمسمائة ، فبذلت الدار بالأرض ومعها ألف وخمسمائة ، كان العقد بيعاً لا «مقايضة» (١) .

## ٤٢٨ - تطبيق أحكام البيع على المقايضة بالفقر الذى نسميه به

**طبيعياً - نص قانونى -** ونصن المادة ٤٨٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :  
« تسرى على المقايضة أحكام البيع بالفقر الذى تسمح به طبيعة المقايضة ، ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشيء الذى قابض به ، ومشترياً للشيء الذى قابض عليه . » (٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « هل أنه يجب ألا يكون هذا المعدل هو المعتبر فى أغلب ، وإلا انقلبت المقايضة بيعاً » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٨ ) وانظر آنفاً فقرة ١١ - وانظر نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة صحر ١ رقم ٢٧٢ ص ٨١٤ - بودرى وسينيا فقرة ٩٧٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩٢ ص ٥٠٧ وفقرة ٤٠٣ - بلانيول وريبير ويولانجيه ٢ فقرة ٢٦١٨ - جوسران ٢ فقرة ١١٧٤ . ومبادلة رأس مال بإيراد مدى الحياة تكون مقايضة ( بلانيول وريبير ويولانجيه ص ٨٠٧ هامش ١ - جوسران ٢ فقرة ١١٧٠ ) . ومبادلة نقد بنقد صرف فى الفقه الإسلامى . وقد يكون أحد البديلين أو كلاهما مجموعاً من المال كتخارج الوارث على حصته فى الميراث فى مقابل متجر يملكه إياه الوارث الآخر ( بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩٣ ص ٥٠٦ ) . والأصل فى المدل أن يكون نقوداً ، وقد يكون غير نقود ( بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٠٣ - م ٥٠١ لبتاني آنفاً فقرة ٤٢٦ فى الهامش ) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٥٨ من المشروع التمهيدى عل وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥١٢ من المشروع التالى . ورافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٥ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٨ و ص ٢٤٠ ) .

وبقابل النص فى التقنين المدنى الوطنى السابق م ٣٦٠ : تنص فى المauseة القواعد المختصة بمشارطة البيع .  
==

ويخلص من هذا النص أن المفايضة تسرى عليها في الأصل أحكام البيع ، فيعتبر كل متقايبض بائعاً للشيء الذي كان مملوكاً له وقايبض به ، ومشترياً للشيء الذي كان مملوكاً للطرف الآخر وقايبض هو عليه . غير أن طبيعة المفايضة — وترجع إلى أنه لا يوجد فيها مبيع وثمن بل مبيع ومبيع كما قلنا — قد تقضى ببعض مفارقات عن أحكام البيع . فنورد ما بين المفايضة والبيع من موافقات ، وما بينهما من مفارقات .

### ١٩ — موافقات بين المفايضة والبيع

٤٢٩ — الأركان — تسرى أحكام البيع على النحو المتقدم الذكر بالنسبة إلى أركان المفايضة وبالنسبة إلى الآثار التي تترتب عليها .

٤٣٠ — أركان المفايضة — المفايضة كالبيع عقد رضائي ، يتم بتوافق الإيجاب والقبول (١) . ولا يشترط فيها شكل خاص ، ويثبت طبقاً للقواعد العامة في الإثبات بقيمة أحد الشئتين المتقايبض فيهما إذ المفروض أنهما متساويان في القيمة ، وإلا فكل التزام يقلد قيمته بقيمة الشيء على هذا الالتزام . وأركان المفايضة التراضي والمحل والسبب .

---

= ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ١٥٢ (مطابقة المادة ٤٨٥ مصري) .

التفتين المدني الياباني م ٤٧٤ (مطابقة المادة ٤٨٥ مصري) .

التفتين المدني العراقي م ٥٩٧ : ١ — لكل من البديلين في المفايضة حكم المبيع فتعتبر فيهما شروطه . وإن وقعت منازعة في أمر التسليم ، لزم أن يسلم ويتسلم كل من المتقايبضين مماً . ٢ — ويعتبر كل من المتقايبضين بائعاً للشيء الذي قايبض به ، ومشترياً للشيء الذي قايبض عليه . (والأحكام متفقة مع أحكام التفتين المصري) .

تفتين المورجيات والمقود الباني م ٥٠٣ : تطبق قواعد البيع على قدر ما تسمح به ماهية هذا العقد ، وعصوماً ما يعلق منها بضمان الاستحقاق وبالعيوب الخفية ويطلقان التماسك على ملك التبر . (والأحكام متفقة مع أحكام التفتين المصري) .

(١) وكانت المفايضة في القانون الروماني عقداً غير مسمى ولم يتسلم أحد الشئتين .

ويشترط في التراضي أن يوجد، وأن يتصب على المقايضة لا مجرد وعد بها .  
على أن الوعد بالمقايضة يجوز كما يجوز الوعد بالبيع ، وتسرى على الوعد  
بالمقايضة الأحكام التي تسرى على الوعد بالبيع (١) . ولا يكفي وجود التراضي ،  
بل يجب أيضاً أن يكون صحيحاً . والتراضي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً  
من ذي أهلية ، والأهلية في المقايضة هي نفس الأهلية في البيع . وحدود ولاية  
الولي الرضى والقيم في المقايضة هي نفس حدودها في البيع ، ويدخل في ذلك  
تعاقد الشخص مع نفسه . ولا يكون التراضي صحيحاً أيضاً إلا إذا كان خالياً  
من عيوب الرضاء : الغلط والتدليس (٢) والإكراه والاستغلال . وخيار الرؤية  
في المقايضة ، كخيار الرؤية في البيع ، ينتهي إلى وجوب تعيين الشيء المتقايف  
عليه وعلم المتقايف . وتدخل الأوصاف على المقايضة كما تدخل على البيع ،  
فتجوز مثلا المقايضة بشرط التجربة وبشرط المذاق ، وتسرى نفس الأحكام  
التي تسرى على بيع التجربة وبيع المذاق .

والركن الثاني للمقايضة هو الشئان المتقايف فيهما . ويشترط في كل منهما  
ما يشترط في المبيع ، إذ أن كلا منهما في حكم المبيع كما قلنا . فيجب أن يكون  
الشيء المتقايف فيه موجوداً ، والشيء المتنازع فيه لا يجوز أن يتعامل فيه عمال  
القضاء ولا المحامي بالمقايضة مع موكله على النحو الذي رأيناه في البيع (٣) . ويجب  
أن يكون الشيء المتقايف فيه معيناً معيناً كافياً ، ويجوز المقايضة في شيء  
جزاف وفي شيء يعين بالتقدير كيلاً أو مقياساً أو وزناً أو عدداً ، فتجوز مقايضة  
عشرة أرادب من القمح بعشرين أردباً من الليرة مثلاً . ويجوز تعيين الشيء  
المتقايف فيه عن طريق العينة كما يجوز تعيين المبيع ، ويصح أن يكون الشيء

(١) بودرى وسينيا فقرة ٩٩٧ ص ٩٨٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن استحالة رد الأبطال المتبادل عليها بسبب نزاع ملكيتها من  
يد المتبادل الذي يتسكك بطلان البادلة ليست في حد ذاتها مانعاً من قبول دعوى البطلان ، أما  
إذا كانت الاستحالة ناشئة عن تصرف من طالب البطلان يهض دليله على إجازة المتبادل العقد  
المشوب بالتدليس فتستند لا تقبل منه دعوى البطلان ( نقض مدني ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ الحاماة

١٣ رقم ٤/٦١٨ ص ١٢١٣ ) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١١٣ .



المقايضة فيه حصّة شائعة كما يصح ذلك في البيع . ويجب أن يكون الشيء المقايضة فيه صالحاً للتعامل فيه ، وبخاصة يجب أن يكون مشروعاً . ويجب خيراً أن يكون الشيء المقايضة فيه مملوكاً للمقايضة ، والمقايضة بملك الغير كبيع ملك الغير قابلة للإبطال لمصلحة المقايضة الآخر . كذلك المقايضة في مرض الموت ، كالبيع في مرض الموت ، ويفرض فيها أنها تسر تبرعاً فتأخذ حكم الوصية . وحكم مقايضة الوارث بمال التركة قبل سداد الدين هو حكم تصرفه بالبيع ، وكذلك يسرى حكم البيع في المقايضة بالمال المحجوز عليه وفي مقايضة المعسر بماله . والركن الثالث في المقايضة هو السبب ، وتسرى فيه الأحكام العامة المقررة في نظرية السبب .

### ٤٣١ - الآثار التي تترتب على المقايضة - والآثار التي تترتب على

المقايضة هي نفس الآثار التي تترتب على البيع من حيث التزامات البائع لا من حيث التزامات المشتري . فيلزم كل من المقايضين بنقل ملكية الشيء الذي يقايض به إلى الطرف الآخر ، كما يلزم بتسليمه إياه وبضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية .

وتنتقل ملكية الشيء المقايض فيه من مالكه إلى المقايض الآخر بمجرد تمام المقايضة في المنقول المعين بالذات ، وبالإفراز فيها عين بنوعه ، وبالتسجيل في العقار (١) . ويترتب على انتقال الملكية في المقايضة ما يترتب على انتقال

(١) ويجوز رفع دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع في المقايضة كما يجوز ذلك في البيع ، وتسرى نفس القواعد . وقد نفقت محكمة النقض بأنه إذا كان المورث قد تصرف في أطيان له الغير بمقتضى عقد بدل لم يسجل ، ثم تصرف في ذات الأطيان بالبيع لأحد أولاده بمقد بيع مسجل ، فأقام هذا الأخير دعوى مل التبادل معه بطلب تثبيت ملكيته إل هذا القدر ، فقضى برفض دعواه اتباعاً لما هو مقرر في التشريع الفرنسي في شأن الوارث الذي يقبل التركة بغير تحفظ ، فإن الحكم يكون قد عالج القانون ( نقض مسدق ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٠٨ ص ٩٦٠ ) .

ونفقت محكمة الاستئناف المخططة بأن عقد المقايضة غير المسجل يلزم كل مقايض بالأعمال اللازمة بالتسجيل كما في البيع ( استئناف مخطط ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١١٠ ) .

للملكية في البيع . ويجوز أن تكون المقايضة سبباً صحيحاً في تملك المقار بالتضاد القاصر (١) وفي تملك المتقول بالحيازة .

ويلتزم كل متقايط بتسليم الشيء الذي قايط به إلى المتقايط الآخر في الحالة التي كان عليها وقت المقايضة . وحكم المعجز والزيادة في مقدار الشيء المتقايط فيه هو نفس حكم المعجز والزيادة في مقدار البيع (٢) . والطريقة التي يتم بها التسليم ، وزمان التسليم ومكانه ونفقاته ، وجزاء الإخلال بهذا الالتزام (٣) ، كل ذلك تسرى عليه الأحكام التي تسرى على الالتزام بالتسليم في البيع . ويحمل كل متقايط ثمة هلاك الشيء الذي قايط به إذا وقع الهلاك قبل التسليم ، بالتفصيلات التي قررناها في البيع .

ويلتزم كل متقايط بضمان التعرض والاستحقاق في الشيء الذي قايط به على النحو الذي رأيناه في البيع (٤) . ولكل منهما حبس الشيء الذي قايط به

== وقفت أيضاً بأنه لا يمتنع بالمقايضة بعد تسجيل تليه نزوح الملكية كما لا يمتنع بأي تصرف آخر (استئناف غخط ٣١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٠٦) ، فإذا كانت المقايضة بعد حل المتقايط على الدائن المرتهن الذي دفع له المعدل (نفس الحكم السابق) .

(١) استئناف غخط ٤ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٧ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٩٥ ص ٩٥ .

(٢) بودري وسينيا فقره ٩٨٠ - بلايول وريير وعامل ١٠ فقره ٣٩٨ - الأستاذ أنور سلطان فقره ٤٦٣ .

(٣) وقد قفت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز فسخ المقايضة إذا لم يسلم المتقايط ما قايط به إلى المتقايط الآخر (استئناف وطني ٢٢ فبراير سنة ١٩١٦ المحرق ٢٧ ص ١٢٩ - ومع ذلك قانون استئناف وطني ٢٤ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١/٢٦ ص ١٨٤) . وقفت محكمة استئناف مصر بأنه إذا لم يوف أحد المتقايطين بما قايط به ، فلتأخر الفسخ والمطالبة بتعويض يقابل المنفعة التي حصلت للمتقايط المحكوم عليه بالفسخ ولو كان هذا الأخير حسن النية (استئناف مصر ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٣١ ص ١٠٤٨) . وانظر في استحقاق التعويض لتأخر في تسليم الأرض المتقايط عليها بعد الإصدار (نفس مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة محر ١ رقم ٢٤٣ ص ٦٦٦) . (٤) نفس مدني ٧ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة محر ٢ رقم ٢٥ ص ٦٢ - ٧٧ مارس سنة ١٩٤١ مجموعة محر ٣ رقم ١٠٩ ص ٢٣٧ - استئناف وطني ١٥ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢٤ ص ٥٠ - وفي انطباق قواعد فسخ البيع على فسخ المقايضة ==

أو فسخ المقايضة إذا استحق الشيء الذي قايس عليه أو ظهر فيه عيب بوجوب الضمان (١) .

== أنظر : استئناف مختلط ٤ يولي سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤١٢ : ١٩ نولبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٨ .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٣٩ - ص ٢٤٠ . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصين في هذا الصدد هما : «تص عل أنه » إذا سلم أحد المتقايضين الشيء الذى قايس عليه ، ثم أثبت بعد ذلك أن الطرف الآخر لا يملك هذا الشيء ، فلا يجوز أن يجبر على تسليم الشيء الذى قايس به ، وليس عليه إلا أن يرد ما تسلمه » . وكانت المادة ٦٥٧ من المشروع التمهيدى تنص عل أنه « إذا استحق الشيء المقايض عليه فى يد المتقايض ، أو رد بهيب ، جاز للمتقايض أن يسترد الشيء الذى قايس به أو أن يطالب بقيمة الشيء الذى قايس عليه وقت الاستحقاق أو وقت المقايضة خالياً من العيب ، وله فى الحالتين أن يطالب بتعويض إذا كان هناك وجه لذلك » ( مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٣٥ - ص ٢٣٧ فى الهامش ) . وتنص المادة ٥٩٨ من التقنين المدنى العراقى عل أنه « إذا استحق الشيء الذى تسلمه المتقايض أو رد بهيب ، جاز لهذا المتقايض إما أن يسترد الشيء الذى قايس به ، وإما أن يطالب بقيمة الشيء الذى قايس عليه وقت الاستحقاق أو قيمته وقت المقايضة خالياً من العيب . وله فى الحالتين أن يطالب بتعويض ، إذا كان هناك وجه لذلك » .

وكانت المادة ٣٥٨ من التقنين المدنى الوطنى السابق تنص عل أنه « إذا كان أحد المتعاضدين استلم العوض قبل تسليم العوض الآخر ، ثم أثبت أن ما استلمه لم يكن ملكاً للمتعاقد معه ، فلا يجوز إجباره على تسليم ما تعهد بإعطائه بدل ما أخذه ، وإنما يجبر عل رد ما استلمه فقط » . ثم أوردت المادة ٣٥٩ من التقنين المدنى السابق نصاً يشتمل عل حكم يتعارض مع التواءم العامة ، وانزعته منه مالمالكه الحقيقى ، ليكون المتسلم المذكور غيراً بين طلب تعويضات وبين طلب رد حين ما أخذه منه ولو كان تحت يد غير المتعاقد معه إذا كان مفارقاً إلا إذا مضت فى هذه الحالة خمس سنين من يوم عقد مشاركة المتعاضدين » . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى هذا الصدد : « وهذا حكم غير مفهوم ، إلا إذا قيل إن الأجنبى قد ملك البعارة بالتقادم القصير . عل أن هذا التعليق لا يصح فى كل الأحوال ، فقد يكون الأجنبى سبباً فى النية ، وقد تكون مدة حيازته للشار أقل من خمس سنوات ويكتفى لتسحق ذلك ألا تنتقل إليه حيازة البعارة إلا بعد مدة المقايضة كما هو الحال بال . وقد حذف المشروع هذا الحكم الفريب » ( مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٣٩ ) . وقد قضت محكمة النقض بأن مدة الخمس سنوات المذكورة فى الشق الأخير من المادة ٣٥٩ مدنى ليست من مدد التقادم يصحح المتقايض بمرورها ذا حق مكتسب ، بل هى من مدد القوط يسقط بانقضاءها حق المتقايض الذى استحق منه القبض فى رفع دعوى ==

## ٢٥ - المفارقات بين المفايضة والبيع

٤٣٢ - مبدأ عام : يمكن القول بوجه عام إن أحكام البيع المتعلقة بالثمن أو بالتزامات المشتري الراجعة إلى الثمن لا تسري في عقد المفايضة ، لتعارض هذه الأحكام مع طبيعة المفايضة . فالمفايضة ليس فيها ثمن كما قدمنا ، فأحكام البيع المتعلقة بالثمن ليس لها محل في عقد المفايضة ولا تسري في هذا العقد بداهة . فإذا دخل عنصر النقد في المفايضة - ويتحقق ذلك في المفايضة بمعدل من النقود - سرت أحكام الثمن على هذا المعدل وحده بالمقدار الذي لا يتعارض مع عقد المفايضة (١) ، فيثبت مثلاً حق امتياز للمتقاضين الدائن بالمعدل على الشيء الذي قايس به (٢) . والتزام المشتري الذي لا يتعلق بالثمن ، وهو التزامه بتسلم المبيع ، تسري أحكامه في عقد المفايضة كما تسري في عقد البيع .

٤٣٣ - تطبيقات لهذا المبدأ العام - نص قانوني : ومن أهم تطبيقات هذا المبدأ أن الأحكام التي تتعلق بوجود أن يكون الثمن نقوداً

---

= استرداد التنبؤ الذي أعطاه (نقض مدني ٧ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٥ ص ٦٢ - وانظر أيضاً في صدد هذا النص : نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام للنقض ٤ رقم ١٠٧ ص ٧٢٠ - استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٦ المضافة ٧ رقم ٩ ص ١٥ - محكمة قنا استئناف ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٨٧ ص ٢١٠ - الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٦٣٤ - فقرة ٦٣٥) .  
والبررة يوقت تمام المفايضة ، فإن كانت قد تمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فنسب التفتين المدعى السابق هو الذي يسرى فيما بين الوطنيين دون الأجانب ، وإلا فالفتين المدعى الجديد هو الذي يسرى .

(١) فيجوز للمقايض الذي له حق في المعدل أن يغير المقايض الآخر على دفع المعدل مع التعويض لأن كان له مقتضى ، ويجوز لدائنه أن يستعمل سفته هذا ( استئناف مخطوط ٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٨٨ ) . وإذا كان المعدل في المفايضة ضريبة متأخرة ثم تنازلت عنها الحكومة ، المقايض الذي كان مستولاً عن هذه الضريبة وحولها حل المقايض الآخر له حق الرجوع بقيمتها على هذا المقايض الآخر ( استئناف مخطوط ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٥ ) .  
(٢) أما في غير المعدل فلا امتياز للمتقاضين على العين التي أعطاهما (نقض ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٠ ص ٢٨١) .

وأن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير وأن يكون جديداً ، وما يتصل ببعض الثمن من أحكام الغبن الفاحش (١) في البيع ، كل هذه الأحكام لا محل لتطبيقها في عقد المقايضة .

كذلك الأحكام المتعلقة بالتزامات المشتري فيما يرجع منها إلى الثمن ، كالالتزام الوفاء بالثمن ودفع الفوائد وزمان دفع الثمن ومكانه ، كل هذه الأحكام لا محل لسريانها في عقد المقايضة . إلا أن الأحكام المتعلقة بتملك المشتري لثمن المبيع ونمائه وتحمل نفقاته ، وحبس المشتري للثمن (ويقابله الشيء المقايض به) حتى يستوفي المبيع غير مهدد بتعرض أو استحراق وغير معيب ، وحبس البائع للمبيع حتى يستوفي الثمن (ويقابله الشيء المقايض عليه) ، وفسخ العقد لعدم الوفاء بالثمن (ويقابله الشيء المقايض عليه) أو لعدم تسليم المبيع أو لعدم نقل ملكيته ، كل هذه الأحكام تسرى في عقد المقايضة كما تسرى في عقد البيع (٢) .

وما يترتب على أن المقايضة لا يوجد فيها ثمن ما يأتي : (١) لا يتصور في المقايضة دفع عربون ، إلا فيما يتعلق بعربون يدفع خارجاً عن البدلين وهذا لا يقع عادة . (٢) لا يقع عادة في المقايضة صورة تقابل البيع بالتبسيط أو تقابل لإيجار السائر للمبيع . (٣) لا يقع عادة في المقايضة صورة تقابل بيع الوفاء (٣) .

(١) أنظر في الثمن الفاحش آنفاً فقرة ٢٢١ ، حتى لو كانت المقايضة بمعدل (بوهدي وسيتيا فقرة ٩٩٥) ، إذ المعدل لا يحول المقايضة بيعاً (أوبري وود ه فقرة ٣٦٠ ص ١٨٥) — قارن الأستاذ منصور مصطفي منصور (ص ٢١٠) ويندب إل أن علة حكم الثمن الفاحش تتوافر في المقايضة ، وإل أن طبيعة المقايضة لا تتعارض مع إعمال هذا الحكم ، فتقدر قيمة المقار الذي تاقض عليه القاصر وتلسب إلى قيمة المقار الذي تاقض به . وغني عن البيان أننا لو أعلننا حكم الثمن الفاحش في المقايضة ، لانتفى الأمر بتقدير عقارين ه لا بتقدير قيمة مقار واحد كما في البيع ، ولكن هذه المسئلة قد يمد لها استكمال حماية القاصر في المقايضة كما استكملت في البيع .

(٢) ويجوز فسخ المقايضة لعدم دفع المعدل ، كما يجوز فسخ البيع لعدم دفع الثمن . فالمعدل إذن ، كالثمن ، مقبوض بحق الفسخ وسحق الامتياز ، وهذا غير التنفيذ البيني (أوبري وود ه فقرة ٣٦٠ ص ١٨٤ — بلانزول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٠٤ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٣٦٣) .

(٣) قارن مع ذلك أنسيكلوبيدي دالورز ٢ لفظ *échange* فقرة ١٥ — وقارن أيضاً الأستاذ منصور مصطفي منصور (فقرة ١٢٦ ص ٢٠٩) ه ويندب إل أن الحكم الخاص = (م ه ه — الوسيط ه ه)

(٤) لا يقع عادة في المقايضة صورة تقابل البيع مع حق التقرير بالشراء من الغير .  
(٥) لا تسرى في المقايضة الأحكام المتعلقة باسترداد الحق المتنازع فيه (١) ،  
ولا أحكام المعجز في المقدار (٢) . (٦) لا يوجد حق امتياز لأى حق المتقايضين  
على الشيء الذى قاىض به ، لأن حق الامتياز إنما قرره القانون لضمان الثمن .  
ولكن إذا وجد في المقايضة معدل ، كان مضموناً بحق امتياز كما سبق القول .  
(٧) لا شفعة في المقايضة (٣) .

ومما يترتب على أنه كما يعتبر كل من المتقايضين بائناً لا قاىض به يعتبر كذلك  
كل منهما مشترياً لا قاىض عليه ، ما نصت عليه المادة ٤٨٤ مدنى من أن  
« مصروفات عقد المقايضة وغيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتقايضان  
مناصفة » ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك (١) . والأصل في عقد البيع  
أن مصروفات البيع يتحملها المشتري كما قدمنا ، فإذا أردنا تطبيق هذا الحكم  
على المقايضة وجب اعتبار كل من المتقايضين مشترياً لا قاىض عليه ، ووجب

== بطلان بيع الوفاء لا يسرى على المقايضة لانقضاء علة البطلان، فإذا اشترط في العقد احتفاظ أحد  
المقايضين بحقه في استرداد ما قاىض به إذا هو رد ما قاىض عليه في مدة معينة كان العقد صحيحاً  
(١) أنظر آتياً فقرة ١٠٥ .

(٢) استئناف غنط ١٦ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٦٩ .

(٣) إلا إذا أبقى البيع تحت ستار المقايضة ( استئناف غنط ١٩ فبراير سنة ١٩١٨  
م ٣٠ ص ٢٢٧ ) .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٥٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق  
لما استقر عليه في التفتين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥١١ من المشروع النهائى .  
ووافق عليه مجلس النواب ، نجلى الشيوخ تحت رقم ٤٨٤ ( مجموعة الأعمال التحضيرية )  
ص ٢٣٥ — ص ٢٣٧ ) .

ولا مقابل لهذا النص في التفتين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .  
ويقال في التفتينات المدنية الحرة الأخرى : التفتين المدنى السوري م ١٥٢ ( مطابقة للادة  
٤٨٤ مصرى )

التفتين المدنى الليبى م ٤٧٣ ( مطابقة للادة ٤٨٤ مصرى .

التفتين المدنى العراقى م ٦٠٠ ( مطابقة للادة ٤٨٤ مصرى ) .

تفتين المرجيات والمقنود اللبناى م ٥٠٢ : تقسم حياً مصاريف العقد ونفقاته القانونية بين  
التقايضين ، ما لم يكن هناك اتفاق آخر بينهما . ( والحكم يتفق مع حكم التفتين المصرى ) .

ليماً لذلك تقسم هذه المصروفات مناصفة بينهما (١) . وبوجه خاص وجب تقسيم رسوم التسجيل (٢) بينهما مناصفة ، دون اعتداد بما عسى أن يوجد من فرق في القيمة بين البديلين . وهذا كله ما لم يوجد اتفاق (٣) أو عرف يقضى بغيره (٤) .

(١) وذلك دون اعتداد بما قد يكون في المقايضة من معدل ، لفقات المعدل تقسم إلى مجموع النفقات ويكون المجموع مناصفة بين المتقايضين . ويذهب أوربري ورو إلى جعل نفقات المعدل على الملتزم به ( أوربري ورو ه ققرة ٣٦٠ هامش ١٦ ) .

(٢) وهي أقل في المقايضة منها في البيع (وكانت من قبل  $\frac{2}{3}$  ثم ارتفعت إلى  $\frac{3}{4}$  ) . وإذا تفاوت البيلان في القيمة ، كان المقار الأكبر قيمة هو المعتبر لتقدير رسوم التسجيل ( استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٥ ) . وإذا كانت المقايضة حقيقية بيع . كأن اشترى شخص مزرعة بمبلغ ١٠٠ ٠٠٠ دفع منه نقداً ٩٤٠٠٠ ومزلاً بقيته ٦٠٠٠ ، فهناك أحكام قضت بإرجوع دفع رسوم التسجيل على كل من المزرعة والمزول فكلهما مبيع ( استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ١٥ — ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٠١ ) . وهناك أحكام أخرى ، وفيها حكم الفوائد المحسنة لهيئة الاستئناف المختلطة ، قضت بحمل الرسوم على أهل المقارين قيمة مهما كان مقدار المعدل ( استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٦٣ — محكمة الاستئناف المختلطة في دوائرها المحسنة ٢٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٨٧ — استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٩ ) .

(٣) ويعتبر الاتفاق على أن يتحمل أحد المتقايضين كل المصروفات من قبيل الاتفاق على معدل (بلايول وديبير وهامل ١٠ ققرة ٤٠٣) .

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وتجمل المادة ٥٥ : ( من المشروع التمهيدى ) مصروفات عقد المقايضة مناصفة بين المتقايضين ، وهذا طيبى لأن كلا منهما يعتبر مشترياً لما قايض عليه . ويجوز الاتفاق على غير ذلك » ( مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٣٩ ) .





## فهرس لشفرور الكساب

صفحة

### تمهيد العقود الساة وشبابها المختلفة

١	..... العقود الساة
١٠	..... التضميات المختلفة للعقود الساة
١٤	..... العقود التي ترد عل الملكية

## الباب الأول

### عقد البيع

#### مقدمة

١٩	..... التصريف بالبيع
٢٣	..... البيع نقل الملكية
٢٣	..... عناصر عقد البيع - اشتبااه بعقود أخرى
٢٤	..... أهمية عقد البيع وكيف حل عل المناقضة
٢٥	..... تنظيم عقد البيع في التضمين المنقذ السابق
٢٧	..... تنظيم عقد البيع في التضمين المنقذ الجديد
٢٩	..... خطة البحث

### الفصل الأول - أولاه البيع

٤٠	..... الفرع الأول - التراضى في عقد البيع
٤١	..... البحث الأول - شروط الانقضاء

المطلب الأول — التبايع أصالة.....	١١
§ ١ — تطابق الإيجاب والقبول : .....	١٢
الناصر التي يطابق فيها الإيجاب والقبول .....	١٢
صور عملية للتبايع .....	١٧
شكل عقد البيع .....	٥٠
إثبات عقد البيع .....	٥٣
تفسير عقد البيع .....	٥٣
§ ٢ — الوعد بالبيع والبيع الابتذالي والبيع بالعربون : .....	٥٥
الوعد بالبيع : .....	٥٥
الوعد بالبيع من جانب واحد .....	٥٦
الوعد بالشراء من جانب واحد .....	٧١
الوعد بالبيع والشراء .....	٧٥
البيع الابتذالي : .....	٨٠
الآثار التي ترتب على البيع الابتذالي .....	٨٢
مصدر البيع الابتذالي عند إبرام البيع النهائي .....	٨٤
البيع بالعربون : .....	٨٦
أحكام البيع بالعربون .....	٨٦
التكليف القانوني لعربون .....	٩٠
المطلب الثاني — التبايع بطريق النيابة .....	٩٣
§ ١ — التبايع من طريق ولي أو وصي أو تيم أو وكيل عن الغائب أو حارس قضائي : .....	٩٥
ولاية الولي في البيع والشراء .....	٩٥
ولاية الوصي والتيم والوكيل عن الغائب في البيع والشراء .....	٩٧
ولاية الحارس القضائي في البيع والشراء .....	٩٨
§ ٢ — بيع النائب لنفسه : .....	٩٨
القاعدة العامة .....	٩٨
تطبيقات خاصة .....	٩٩
المبحث الثاني — شروط الصحة .....	١٠٨
المطلب الأول — الأهلية في عقد البيع .....	١٠٨
تمييز الأهلية عما يلتبس بها من النظم .....	١٠٨
أهلية التصرف واجبة في كل من البائع والمشتري .....	١٠٩
من يمكن التمييز في أهلية البيع والشراء .....	١١٠
المطلب الثاني — ميرب الرضاء في عقد البيع .....	١١٢
تطبيق القواعد العامة .....	١١٢

صفحة	
١١٤	علم المشتري بالمبيع .....
١١٧	خيار الرؤية في الفقه الحنفى .....
١٢٠	خيار الرؤية في المذاهب الأخرى في الفقه الإسلامى .....
١٢٤	خيار الرؤية في التفتين المبنى المصرى .....
١٢٦	المبحث الثالث - بعض البيوع الموصوفة .....
١٢٨	§ ١ - البيع بشرط التجربة : .....
١٣٠	كيف يطلق البيع على شرط التجربة .....
١٣١	كيف تكون التجربة والوقت الذى تم فيه .....
١٣٤	التجربة شرط واقف .....
١٣٦	التجربة شرط فاسخ .....
١٣٧	§ ٢ - البيع بشرط المذاق : .....
١٣٩	كيف يطلق البيع على شرط المذاق .....
١٤٠	كيف يتم المذاق .....
١٤١	التكييف القانونى لمبيع بالمذاق .....
١٤٢	الفروق بين بيع المذاق وبيع التجربة .....
١٤٣	§ ٣ - بيع الوفاء : .....
١٤٨	أ) بيع الوفاء في عهد التفتين المبنى السابق .....
١٦٣	ب) بيع الوفاء في عهد التفتين المبنى الجديد : .....
١٦٣	بيع الوفاء باطل .....
١٦٥	ما الذى يترتب على بطلان بيع الوفاء .....
١٦٧	تمييز منطقة بيع الوفاء عن البيع المعلق على شرط فاسخ .....
١٦٩	ليس التفتين الجديد أثر رجعى .....
١٧٠	§ ٤ - البيع بالتقسيط أو الإيجار الساتر للبيع : .....
١٧٢	تطبيقات عملية .....
١٧٣	البيع بالتقسيط .....
١٧٧	الإيجار الساتر للبيع .....
١٨٠	الإيجار المقترن بوجه بالبيع .....
١٨٢	§ ٥ - البيع مع حق التقرر بالشراء من الغير : .....
١٨٢	المصدر العملية لهذا البيع .....
١٨٤	حكم البيع قبل التقرر بالشراء من الغير .....
١٨٥	كيف يكون التقرر بالشراء من الغير .....
١٨٧	حكم البيع بعد التقرر بالشراء من الغير .....
١٨٩	صورة خامسة - تقرير الراسى عليه المزايد الشراء من الغير .....
١٩٠	الفرع الثانى - المحل فى عقد البيع .....

صفحة	
١٩١	المبحث الأول - المبيع .....
١٩١	المطلب الأول وجود المبيع .....
١٩٤	§ ١ - بيع الحقوق المتنازع فيها : .....
١٩٤	( أ ) بيع الحقوق المتنازع فيها لغير ماله القضاء : .....
١٩٧	مق يجوز استرداد الحق المتنازع فيه .....
٢٠١	كيف يكون الاسترداد .....
٢٠٤	الآثار التي تترتب على الاسترداد .....
٢٠٧	الحالات الاستثنائية التي يجوز فيها الاسترداد .....
٢١١	( ب ) بيع الحقوق المتنازع فيها لماله القضاء : .....
٢١٢	البيع لماله القضاء وحق الاسترداد .....
٢١٥	المشترون لحقوق المتنازع فيها .....
٢١٧	جزاء المخاطر .....
٢١٨	تسامل المخاص في اخت المتنازع فيه .....
	§ ٢ - بيع السلم :
٢٢٠	السلم في الفقه الإسلامي .....
٢٢٣	السلم في قانون المصري .....
٢٢٥	المطلب الثاني - تعيين المبيع .....
٢٢٦	§ ١ - بيع بالتقدير والبيع بالجزاف : .....
٢٢٦	كيف يكون البيع بالتقدير .....
٢٢٧	كيف يكون البيع بالجزاف .....
	أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث
٢٣٠	انتقال الملكية .....
	أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث تحمل
٢٣٢	ثبوت الهلاك .....
	لا فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث إنشاء
٢٣٣	الالتزامات الشخصية .....
٢٣٤	§ ٢ - البيع بالعينة :
٢٣٥	العينة طريق لتعيين المبيع .....
٢٣٦	وجوب مطابقة المبيع للعينة .....
٢٣٧	جزاء عدم مطابقة المبيع للعينة .....
٢٣٩	إثبات العينة .....
٢٤٠	§ ٣ - بيع التركة .....
٢٤٢	( أ ) بيع الواو حسته في التركة لأجنبي غير وارث : .....
٢٤٢	حكم هذا البيع فيما بين الطرفين .....

صلة

- ٢٥٢ ..... حكم ملك البيع بالنسبة إلى الغير
- ٢٥٧ ..... ب) بيع الوارث حصته في الشركة لوارث آخر :
- ٢٥٧ ..... التمييز بين حالتين
- ٢٥٩ ..... أحكام مشتركة في التصاريح
- ٢٦٠ ..... الفرق بين التصاريح كصلح والتصاريح كتمسك
- ٢٦١ ..... المطلب الثالث - صلاحية المبيع للتمتع فيه
- ٢٦٢ ..... § ١ - عدم الصلاحية للتمتع راجع إلى طبيعة الشيء
- ٢٦٤ ..... § ٢ - عدم الصلاحية للتمتع راجع إلى عدم المشروعية :
- ٢٦٤ ..... تطبيقات مختلفة
- بيع الشركة المستقبلية وبيع الحقوق المتنازع فيها لعمال
- ٢٦٥ ..... اقتضاء - إجابة
- ٢٦٥ ..... بيع الملاء
- ٢٦٨ ..... المطلب الرابع - ملكية البائع للشيء المبيع
- ٢٦٩ ..... § ١ - بيع ملك الغير :
- ٢٧١ ..... تحديد منطقة بيع ملك الغير
- ٢٧٦ ..... (١) تأسيس البطلان في بيع ملك الغير :
- ٢٧٦ ..... النظرية التقليدية
- ٢٧٩ ..... رأي يستند إلى نظرية تحول العقد الباطل
- ٢٨٠ ..... رأي آخر يذهب إلى أن بيع ملك الغير عقد موقوف ...
- الرأي الذي نقف عنده - بيع ملك الغير قابل للإبطال
- ٢٨٢ ..... بموجب نص خاص في القانون أنشأ البطلان
- ٢٨٥ ..... بيع عقار الغير قابل للإبطال به التسجيل وفيه
- ٢٨٨ ..... ب) أحكام بيع ملك الغير :
- ٢٨٨ ..... فيما بين المتعاقدين
- ٢٨٨ ..... المشتري وحده هو الذي يجوز له إبطال البيع
- ٢٩١ ..... والمشتري أن يطلب التبرؤ
- ٢٩٢ ..... والمشتري أن يميز البيع
- ينقلب بيع ملك الغير صحيحاً بأبולה ملكية المبيع
- ٢٩٤ ..... إلى البائع
- ٢٩٦ ..... بالنسبة إلى المالك الحقيقي :
- ٢٩٦ ..... إذا لم يفر المالك الحقيقي البيع
- ٢٩٧ ..... إذا أقر المالك الحقيقي البيع
- ٢٩٩ ..... § ٢ - بيع المال الشائع :
- (١) بيع الشريك جزءاً مفزاً عن المال الشائع أو كل
- ٣٠٠ ..... المال الشائع :

صفحة

٢٠٠	بيع الشريك جزءاً مفروضاً من المال الشائع .....
٢٠٢	بيع الشريك كل المال الشائع .....
٢٠٤	أثر البيع في حقوق باقي الشركاء .....
٢٠٥	ب ( بيع التصفية : .....
٢٠٥	متى يكون بيع تصفية : .....
٢٠٧	إجراءات بيع التصفية .....
٢٠٨	الآثار التي تترتب على بيع التصفية .....
٢٠٩	٢ — بيع المريض مرض الموت : .....
٢١٣	١ ( ما هو مرض الموت وتقييده لتصرفات المريض : .....
٢١٣	ما هو مرض الموت .....
٢١٤	المريض يقعد المريض عن قضاء مصالحه .....
٢١٥	ويطلب في المرض خوف الموت .....
٢١٧	وينتهي المرض بالموت فعلاً .....
	الأسماء الذين تقوم بهم حالة نفسية تجعلهم في حكم
٢٢٠	المريض مرض الموت .....
٢٢١	إثبات مرض الموت .....
٢٢٣	سبب تقييد التصرف في مرض الموت .....
٢٢٦	الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت .....
٢٢٨	ب ( أحكام البيع في مرض الموت : .....
٢٢٩	البيع بما لا يقل عن القيمة .....
٢٣٠	البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة .....
٢٢١	البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة .....
٢٢٣	التصرف بغيره من أصلاً .....
٢٢٤	حماية الغير حسن النية .....
٢٢٥	٢ — بيع الوارث لمن في التركة قبل سداد الدين .....
٢٣٥	سريان مبادئ الفقه الإسلامي .....
٢٣٩	انتقال أموال التركة إلى الورثة في الفقه الإسلامي ...
	تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الدين
٢٤٠	في الفقه الإسلامي .....
٢٤٥	انتقال التركة إلى الورثة في التفتين الجبهة .....
	تصرف الوارث في أعيان التركة المدينة التي لم تخضع
٢٤٦	لنظام التصفية .....
	تصرف الوارث في أعيان التركة المدينة التي غضمت
٢٥٠	لنظام التصفية .....

صفحة

٣٥٣	بيع المحجوز عليه .....
٣٥٦	بيع المصمر .....
٣٥٧	٦ — بيع الأراضي الزراعية في قانون الإصلاح الزراعي : ..
٣٥٨	عدم جواز تملك أكثر من مائة فدان .....
٣٥٩	التملك بالبراث والوصية والتناهد .....
٣٦٠	التملك بالمقد .....
٣٦١	التملك بالشفعة .....
٣٦٢	الحد من تجزئة الأراضي الزراعية .....
٣٦٤	المبحث الثالث — الثمن .....
٣٦٤	المطلب الأول — يجب أن يكون الثمن نقوداً .....
٣٦٤	تمييز البيع عن المقايضة بالثمن النقدي .....
٣٦٦	يصح أن يكون الثمن لإيراداً موقداً أو مدة الحياة ..
٣٦٧	المطلب الثاني — يجب أن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير .....
	تقدير الثمن أو قابليته للتقدير يجب أن يكون بائناً
٣٦٩	بين المتعاقدين .....
٣٧١	وقابلية الثمن للتقدير . الأسس التي يقوم عليها التقدير
	أساس التقدير الثمن الذي اشترى به البائع : المراجعة
٣٧١	والقولية والإثراء والوضعية .....
٣٧٥	أساس التقدير سعر السوق .....
	أساس التقدير سعر المتداول في التجارة أو السعر الذي
٣٧٦	جرى عليه التعامل بين المتبايعين .....
٣٧٨	ترك التقدير لأجنبي يطلق عليه المتبايعان .....
٣٨٢	ترك المتبايعين الثمن غير مقدّر وغير قابل للتقدير ..
٣٨٣	المطلب الثالث — يجب أن يكون الثمن جديداً .....
٣٨٣	التمييز بين الثمن الجدي والثمن البعس .....
٣٨٤	١ — الثمن الجدي : .....
٣٨٤	التمن المصري .....
٣٨٥	التمن النافذ .....
٣٨٧	٢ — الثمن البعس ( دعوى النفي للفاش ) .....
٣٩٠	١ ) الشروط الواجب توافرها لتحقيق الثمن للفاش : .....
٣٩١	الشرط الأول — صاحب الدين التهمة غير كامل الأهلية

صفحة

٣٩٢	الشرط الثاني - العين المبيعة عقار .....
	الشرط الثالث - لا يكون البيع في مزاد علني ثم وفقاً
٣٩٣	لأحكام القانون .....
	الشرط الرابع - الثمن يقل عن قيمة العقار المبيع وقت
٣٩٧	البيع بأكثر من الخمس .....
٣٩٨	ب ( ما يترتب من الأثر على تحقيق الثمن للفاحش : .....
٣٩٨	دعوى تكلفة الثمن .....
٤٠١	دعوى الفسخ .....

## الفصل الثاني - الآثار التي تترتب على البيع

٤٠٥	الفرض الأول - التزامات البائع .....
٤٠٥	المبحث الأول - نقل ملكية المبيع .....
٤٠٦	المطلب الأول - نقل الملكية بوجه عام .....
٤٠٧	§ ١ - التطور التاريخي لبيع كمقه ناقل للملكية : .....
٤٠٧	البيع في القانون الروماني .....
٤٠٨	البيع في القانون الفرنسي القديم .....
٤٠٩	البيع في الفقه الإسلامي .....
٤١٠	البيع في القانون الحديث .....
٤١١	§ ٢ - تحليل معنى نقل الملكية : .....
٤١١	الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية فعلاً .....
٤١٢	الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه فوراً بمحك القانون .....
٤١٣	الالتزام البائع بالأعمال التمهيدية الضرورية لنقل الملكية .....
٤١٧	الشروط الواجب توافرها لانتقال الملكية إلى المشتري .....
٤٢٠	البيع بالتسليم مع الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن - إحالة
	§ ٣ - ما الذي يضمته الالتزام بنقل الملكية وما الذي يترتب على
٤٢١	انتقالها فعلاً : .....
٤٢١	ما الذي يضمته الالتزام بنقل الملكية .....
٤٢٣	ما الذي يترتب على انتقال الملكية فعلاً للمشتري .....
٤٢٥	المطلب الثاني - نقل الملكية في المنقول .....
٤٢٥	§ ١ - الشيء المبيع بذاته : .....
٤٢٥	انتقال الملكية فوراً بمجرد تمام العقد .....



صفحة

انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين .....	٤٢٦
انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير .....	٤٢٦
انتقال الملكية في البيع الجزأف - إحالة .....	٤٢٧
٢ - أشياء معين بنوعه : .....	٤٢٨
انتقال الملكية بالإفراز .....	٤٢٨
كيف تنتقل الملكية بالإفراز - إحالة .....	٤٢٩
الحكم فيما إذا امتنع البائع من الإفراز - إحالة .....	٤٢٩
نقل الملكية في الأشياء المصدرة إلى المشتري .....	٤٢٩
المطلب الثالث - نقل الملكية في العقار .....	٤٢٣
لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل .....	٤٢٤
١ - تطور نظام الشهر العقاري في مصر : ..	٤٣٤
نظام الشهر بوجه عام .....	٤٣٣
مهود أوبية في مصر : .....	٤٣٩
المرحلة الأولى - العهد السابق على التقنين المدني القديم .....	٤٤٠
المرحلة الثانية - نظام الشهر في التقنين المدني السابق .....	٤٤٢
المرحلة الثالثة - نظام الشهر في قانون التسجيل .....	٤٤٣
المصدر في سنة ١٩٢٣ .....	٤٥٠
المرحلة الرابعة - نظام الشهر في قانون تنظيم الشهر .....	٤٥٠
العقارى .....	٤٦٠
٢ - تطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة : .....	٤٧٣
أولاً - عهد التقنين المدني السابق : .....	٤٧٤
انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين لا حاجة فيه إلى .....	٤٧٤
التسجيل - التنازع بين المشتري من المورث والمشتري .....	٤٧٤
من الوارث .....	٤٧٤
انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير لا يكون إلا بالتسجيل .....	٤٧٦
ثانياً - عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري : .....	٤٨١
١ ( حكم البيع قبل أن يسجل : .....	٤٨١
البيع غير المسجل لا ينتقل الملكية بالنسبة إلى الغير ولا .....	٤٨١
فيما بين المتعاقدين - التنازع بين المشتري من المورث .....	٤٨١
والمشتري من الوارث .....	٤٨١
ولكن البيع غير المسجل لا يزال بيعاً فينتج آثاره هذا .....	٤٨١
نقل الملكية بالفعل .....	٤٨٥

صحة

- البيع غير المسجل يفتى الزلماً في جانب البائع ينقل الملكية - كيف ينقل هذا الالتزام ..... ٤٨٧
- دعوى صحة التنازل ..... ٤٨٨
- دعوى صحة الترتيب ..... ٤٩٧
- البيع غير المسجل يفتى بجميع الالتزامات الأخرى في جانب المشتري ..... ٥٠٣
- البيع غير المسجل تترتب عليه آثاره بوصفه بيعاً ... ٥٠٥
- ب) حكم البيع بعد أن يسجل : ..... ٥٠٨
- البيع المسجل يرتب جميع الآثار التي يرتبها البيع غير المسجل ..... ٥٠٨
- ويزيد البيع المسجل بأن ينقل الملكية فعلاً فيما بين المتعاقدين بالنسبة إلى الغير ..... ٥٠٩
- أولاً - نقل الملكية فيما بين المتعاقدين - هل للتسجيل أثر رجعي : ..... ٥١١
- الرأى الذي استقر عليه لقفه والقضاء - ليس للتسجيل أثر رجعي ..... ٥١٢
- الرأى المارضي - للتسجيل أثر رجعي فيما بين المتعاقدين القول بالأثر الرجعي أكثر استقامة من ناحية لصناعة القانونية ..... ٥١٩
- القول بالأثر الرجعي هو وحده القول الحق ..... ٥٢٤
- القول بالأثر الرجعي هو الذي يوفق مع القواعد العامة للقول بالأثر الرجعي لا يتعارض مع نصومي القانون ..... ٥٢٤
- ثانياً - نقل الملكية بالنسبة إلى الغير - هل يشترط حسن النية في المشتري الذي سجل عهده أولاً ..... ٥٢٦
- شرط حسن النية في عهد المتعين المدفوع السابق - إحالة ..... ٥٢٨
- شرط حسن النية في عهد قانون التسجيل ..... ٥٢٩
- شرط حسن النية في قانون تنظيم الشهر العقاري ..... ٥٤٤
- المبحث الثاني - تسليم المبيع ..... ٥٥٦
- المطلب الأول - هل للتسليم ..... ٥٥٨
- ١٥ - حالة المبيع : ..... ٥٥٩
- كيف تصبح حالة المبيع وتمت البيع ..... ٥٦٠
- تغير حالة المبيع ..... ٥٦٢
- وجود اتفاق خاص على حالة المبيع ..... ٥٦٥

مقدمة

- ٥٦٦ ..... ٢ § - مقدار المبيع :
- ٥٧١ ..... حالة نقص المبيع
- ٥٧٢ ..... حالة زيادة المبيع
- ٥٧١ ..... تقادم الدعاوى التي تنشأ من نقص المبيع أو زيادته
- ٥٧٨ ..... ٣ § - ملحقات المبيع :
- ٥٨٠ ..... تحديد سائر ملحقات المبيع
- ٥٨٢ ..... تطبيقات مختلفة في ملحقات المبيع
- ٥٨٦ ..... المطلب الثاني - كيف يتم التسليم
- ٥٨٦ ..... ١ § - طريقة التسليم :
- ٥٨٩ ..... التسليم بالفعل
- ٥٩٠ ..... تطبيقات في التسليم بالفعل
- ٥٩٣ ..... التسليم بالحكمي
- ٥٩٥ ..... ٢ § - زمان التسليم ومكانه
- ٥٩٥ ..... زمان التسليم
- ٥٩٧ ..... مكان التسليم
- ٥٩٩ ..... زمان تسليم المبيع المصدر ومكانه
- ٦٠١ ..... ٣ § - نفقات التسليم
- ٦٠١ ..... نفقات تسليم المبيع على البائع
- ٦٠٢ ..... نفقات تسليم المبيع على المشتري - إحالة
- المطلب الثالث - الجزاء على الإخلال بالتزام التسليم - تمة هلاك المبيع أو تلفه
- ٦٠٣ ..... قبل التسليم
- ٦٠٣ ..... التنفيذ العملي أو الفسخ مع التوفيق في الحالتين
- ٦٠٦ ..... ١ § - تمة الهلاك لكل قبل التسليم :
- ٦٠٨ ..... تحمل البائع تمة الهلاك قبل التسليم مترتب على التزامه بالتسليم
- ٦١٠ ..... هلاك المبيع بفعل البائع أو بفعل المشتري قبل التسليم
- ٦١١ ..... هلاك المبيع بقوة قاهرة أو حادث فجائي قبل التسليم
- ٦١١ ..... إظهار البائع المشتري لتسليم المبيع
- ٦١٤ ..... هلاك المبيع في يد البائع وهو حائض له
- ٦١٥ ..... ٢ § - تمة الهلاك الجزئي أو نقص القيمة لتلف المبيع قبل التسليم :
- ٦١٦ ..... الهلاك الجزئي أو نقص القيمة بفعل البائع أو بفعل المشتري ...
- ٦١٧ ..... الهلاك الجزئي أو نقص القيمة بقوة قاهرة أو حادث فجائي ...
- ٦١٨ ..... الهلاك الجزئي أو نقص القيمة بعد إظهار المشتري أو بعد حبس المبيع

مقدمة

- ٦١٨ ..... المبحث الثالث - ضمان التعرض والاستحقاق
- ٦١٨ ..... خصوصية ضمان التعرض والاستحقاق
- ٦٢٢ ..... تحول ضمان التعرض والاستحقاق
- ٦٢٣ ..... المطلب الأول - التعرض الصادر من البائع
- ٦٢٣ ..... ١ ( متى يقوم ضمان التعرض الصادر من البائع : ..... )
- ٦٢٦ ..... - أعمال التعرض الصادر من البائع :
- ٦٣٠ ..... تمتك البائع المبيع بالتقادم
- ٦٣٢ ..... ٢ - المدين في الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع -
- ٦٣٢ ..... عدم قابلية الالتزام للتقسيم
- ٦٣٤ ..... ٣ - الدائن في الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع
- ٦٣٥ ..... ٤ - البيع الذي ينشئ الضمان
- ٦٣٦ ..... ب) ما يترتب على قيام ضمان التعرض الصادر من البائع
- ٦٣٨ ..... ج) الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من البائع
- ٦٤٠ ..... المطلب الثاني - التعرض الصادر من الغير
- ٦٤٠ ..... § ١ - متى يقوم ضمان التعرض الصادر من الغير :
- ٦٤٠ ..... ١ ( أعمال التعرض الصادر من الغير - شروط ثلاثة : ..... )
- ٦٤١ ..... أولاً - أن يقع التعرض فعلاً
- ٦٤٤ ..... ثانياً - أن يكون التعرض هو ادعاء الغير حقاً على المبيع
- ٦٤٤ ..... ثالثاً - أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقاً على المبيع
- ٦٤٨ ..... أو يكون تالياً له ولكنه يستند من البائع
- ٦٥٢ ..... ب) المدين في الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير - عدم
- ٦٥٢ ..... قابلية الالتزام وقابليته للتقسيم
- ٦٥٥ ..... ج) الدائن في الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير
- ٦٥٨ ..... د) البيع الذي ينشئ الضمان
- ٦٥٩ ..... § ٢ - ما يترتب على قيام التعرض الصادر من الغير :
- ٦٦٠ ..... ١ ( التنفيذ المبني ( ضمان التعرض بطريق التدخل ) : ..... )
- ٦٦٤ ..... تدخل البائع في دعوى الاستحقاق
- ٦٦٤ ..... عدم تدخل البائع في دعوى الاستحقاق بالرغم من إخلال
- ٦٦٨ ..... المشتري بإياه
- ٦٦٨ ..... عدم تدخل البائع في دعوى الاستحقاق من غير إخلال
- ٦٦١ ..... للمشتري بإياه
- ٦٦٢ ..... ب) التنفيذ بطريق التصويض ( ضمان الاستحقاق ) : ..... )
- ٦٦٢ ..... الاستحقاق الكلي

صفحة

٦٨٥	الاستحقاق الجزئي ...
٦٩٠	رد البائع ما آداه المشتري للمتعرض
٦٩٤	٣، ٥ — الاتفاق على تمثيل أحكام ضمان للمتعرض الصادر من الغير :
٦٩٧	الاتفاق على زيادة الضمان
٦٩٩	الاتفاق على إنقاص الضمان :
٧٠١	خصوصية في حقوق الاتفاق
٧٠٦	الاتفاق على إسقاط الضمان
٧١٠	المبحث الرابع — ضمان العيوب الخفية وفوات الوصف
٧١٠	خصوصية ضمان العيوب الخفية
٧١٢	شمول ضمان العيوب الخفية
٧١٤	١ — متى يقوم ضمان العيوب الخفية :
٧١٤	( أ ) العيوب الموجبة للضمان :
٧١٧	١ - يجب أن يكون العيب مؤثراً
٧٢٢	٢ - يجب أن يكون العيب قديماً
٧٢٣	٣ - يجب أن يكون العيب عافياً
٧٢٧	٤ - يجب أن يكون العيب غير معلوم للمشتري
٧٢٩	( ب ) المدين في ضمان العيوب الخفية - قابلية الضمان للانقسام
٧٣٠	( ج ) الدائن في ضمان العيوب الخفية - قابلية الضمان للانقسام
٧٣١	( د ) البيع الذي ينشئ ضمان العيوب الخفية
٧٣٣	٢ — ما يترتب على قيام ضمان العيوب الخفية :
٧٣٣	دعوى الضمان وما يستتبعها من إبطال
٧٣٤	إبطال البائع بالمعيب
٧٣٨	دعوى ضمان العيوب الخفية
٧٤٣	حلول المبيع للمعيب
٧٤٥	يقصر ظروف غير الحلاك تعزيراً على المبيع المعيب
٧٥٠	تقديم دعوى ضمان العيب المتني
٧٥٣	٣ — الاتفاق على تمثيل أحكام ضمان العيب المتني :
٧٥٥	تمثيل أحكام ضمان العيب المتني باتفاق خاص
٧٥٨	ضمان البائع صلاحية المبيع للمسل
٧٦١	٤ — تميز ضمان العيوب الخفية عما يقترنه من نظم قانونية :
٧٦٢	التمييز بين ضمان العيوب الخفية والغلط
٧٦٥	التمييز بين ضمان العيوب الخفية والتقصير
٧٦٦	التمييز بين ضمان العيوب الخفية والتقصير لعدم التغطية

سنة

- ٧٦٨ ..... التمييز بين ضمان العيوب الخفية والبيز في مقدار البيع ...
- ٧٦٨ ..... التمييز بين ضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق الجزئي
- ٧٦٩ ..... **الفرع الثاني - التزامات المشتري**
- ٧٧٠ ..... **المبحث الأول - الوفاء بالدين**
- ٧٧٠ ..... **المطلب الأول - التزام الوفاء بالدين**
- ٧٧٠ ..... § ١ - متى يقع التزام الوفاء بالدين ؟
- ٧٧٠ ..... دفع الدين - إحالة
- ٧٧٢ ..... دفع الفوائد
- ٧٧٢ ..... تملك المشتري لشر المبيع وماله من وقت تمام البيع وتحمل نفقاته من هذا الوقت
- ٧٧٤ ..... متى تستحق الفوائد القانونية على الدين
- ٧٧٧ ..... § ٢ - الزمان والمكان اللذان يجب فيها الوفاء بالدين :
- ٧٨٣ ..... ( أ ) الزمان الذي يجب فيه الوفاء بالدين
- ٧٨٣ ..... متى يكون الدين مستحق الدفع
- ٧٨٥ ..... حسن المشتري لدين
- ٧٨٨ ..... ( ب ) المكان الذي يجب فيه الوفاء بالدين
- ٧٩٥ ..... الدين مستحق الدفع وقت تسليم المبيع
- ٧٩٧ ..... الدين مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع ...
- ٧٩٨ ..... **المطلب الثاني - جزاء الإخلال بالتزام الوفاء بالدين**
- ٧٩٩ ..... § ١ - حسن المبيع :
- ٨٠١ ..... متى يجب البائع حسن المبيع
- ٨٠٤ ..... ما الذي يترتب على ثبوت حسن حسن المبيع للبائع
- ٨٠٧ ..... كيف يتحقق حسن البائع في حسن المبيع
- ٨٠٩ ..... § ٢ - نفع البيع :
- ٨١٣ ..... ( أ ) النفع التفضيلي :
- ٨١٤ ..... متى يجوز نفع البيع لعدم الوفاء بالدين
- ٨١٥ ..... كيف يكون نفع البيع
- ٨٢١ ..... الآثار التي تترتب على نفع البيع
- ٨٢٦ ..... ( ب ) النفع الاتفاقى :
- ٨٢٩ ..... الاتفاق على أن يكون البيع مضموعاً
- ٨٣١ ..... الاتفاق على أن يكون البيع مضموعاً من تلقاء نفسه
- ٨٣٢ ..... أن مضموعاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم

صفحة

الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار ، أو مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إنذار .....	٨٣٤
حكم خاص ببيع المتقول .....	٨٣٦
الآثار التي تترتب على الفسخ الاتفاق - إحالة .....	٨٤٠
المبحث الثاني - تحمل مصروفات البيع .....	٨٤٠
المشتري قام بمصروفات البيع .....	٨٤٢
البائع قام بمصروفات البيع أو بينهما .....	٨٤٤
المبحث الثالث - تسليم المبيع .....	٨٤٥
كيف يكون تسليم المشتري المبيع .....	٨٤٧
زمان تسليم المبيع ومكانه .....	٨٤٨
نفقات تسليم المشتري المبيع .....	٨٤٩
الجزاء على إخلال المشتري بالتزام تسليم المبيع .....	٨٥١



## الباب الثاني

### مقد المقايضة

تميز مقد المقايضة عن مقد البيع .....	٨٥٦
تطبيق أحكام البيع على المقايضة بالقدر الذي تسمح به طبيعتها .....	٨٥٨
§ ١ - الموافقات بين المقايضة والبيع : .....	٨٥٩
أركان المقايضة .....	٨٥٩
الآثار التي تترتب على المقايضة .....	٨٦١
§ ٢ - المفارقات بين المقايضة والبيع : .....	٨٦٤
مبدأ عام .....	٨٦٤
تطبيقات لهذا المبدأ العام .....	٨٦٤











